IHS

POR

D. BRIANDA DE ZVÑIGA Y GVZMAN, MARQVESA DE Mondejar, y Ayamonte, Condesa de Tendilla,

EN EL PLEYTO.

Con don Iuan Alonso de Guzman, Conde de Talarâ.

Impresso en Granada, En la Imprenta Real, Por Baltasar de Bolibar. En la calle de Abenamar. Año de 1653.

N.1. L ARTICVLO SOBRE QVE está visto este pleyto es pretender esta parte, que la contraria respõda a la suplicacion interpuesta de la sentencia de reuista enlo que es sentencia de vista, y que en el interim no se despache la carta exe cutoria que pretende el Conde de Talarà. Para cuya inteligencia se diuidirà este papel en tres articulos.

2 ¶ El primero, en que se fundarà, que a esta parte compete el remedio de manutenciõ sumarissimo, y de retẽcion por las detracciones que tiene deduzidas.

3 ¶ El segundo, que la sentencia, y auto de reuista, assi en la reserua de las pretensiones desta parte, como en la forma del juyzio, enque determina, contiene nueuo aditamento, y es senten cia de vista suplicable.

4 ¶ El tercero, que en el interim que se determina sobre la justificacion de la dicha suplicaciõ en difinitiua, no se deue despa char la carta executoria, que de contrario se ha pedido.

ARTICVLO I.

5 PARA inteligencia del articulo se supone. Lo primero, que por la escritura de capitulaciones de q̃ ambas partes se va lẽ, cõstan las detracciones q̃ compete a esta parte, y que se capitularon como deducciones precisas, y antecedentes al mayo razgo que se auia de defundar, que se refieren, mem. à nu. 10. y assimismo consta del credito de los Espinosas, a que estauan anterior mente obligados los bienes de las capitulaciones, por la escritura de transaccion, memorial, num. 34. y con especialidad se refieren en la informacion desta parte, à num. 481. & à num. 484. y en el re plicato, à num. 165.

6 ¶ Lo segundo, se supone, que esta parte intentò por muerte de don Alonso de Guzman su hijo (segundo Conde de Saltès) la possession de sus bienes q̃ por su muerte quedaron como su madre, y heredera, y auiendola tomado judicialmente, y contradicha por parte de la Condesa de Villauerde, y formado el arti culo de manutencion, y pendiente en esta Corte sobre el dicho articulo, y potestado no respõder al possessorio plenario, ni a la propiedad, se alegò por esta parte, que la dicha manutencion le competia: assi por el titulo vniuersal de heredera, como por dichas detracci ones que le pertenecian en los bienes de la herencia que posseìa, y que por ellas le competia, y compete derecho de retencion. A esto sucediò la sentencia de vista, en que se le diò la manutenciõ

de

de los bienes, ſobre que es eſte pleyto, a eſta parte, y de ella ſe ſuplicò por el Conde de Talarà, y eſta parte dixo de bien ſentenciado, y bolviò a expreſſar las dichas detracciones, que le pertenecen como acreedora a los bienes, ſobre que es el pleyto, aſsi por lo que le toca, como por cabeça del dicho Conde ſu hijo, Rollo folio. 256.

7 ¶ Y dado traslado a la parte del Conde de Talarà, y acuſada rebeldia reſpondiò que los bienes eran vinculados por las capitulaciones ſin que hizieſſe contradicion alguna en quanto a las detracciones general, ni particular, mas que en quanto al credito de los Eſpinoſas, diziendo:

8 ¶ *Que la dicha excepcion no era deſte pleyto, y no eſtaua juſtificado el teſtimonio del dicho credito, ni el Duque ſe defendiò como deuia, ni pagò la cantidad que dize*: y concluye en quanto a eſta detraccion. *Y como quiera que ſea para el efecto q̃ aqui ſe trata, que es, para ſi los bienes ſon libres, ò vinculados, no puede obrar nada el dicho teſtimonio, porque auiẽdo ſido la deuda de los Eſpinoſas, deuda del Duque don Alonſo, como de contrario ſe alega, y anterior a las capitulaciones, que fue la fundacion, y que quedò reſeruada en las cuentas, y particion, no importaua que por ella ſe llegaſſe a quitar parte de los bienes de el mayorazgo, ni eſto arguye que fueſſen libres, pues los vinculados ſe pueden enagenar para pagar las deudas del fundador.*

9 ¶ Quibus præſuppoſitis, es indubitable el derecho de eſta parte, para q̃ ſe determine el articulo de manutẽcion en fauor deſtas detracciones, y por ellas aya de retener todos los bienes haſta q̃ cõ efecto ſe ayã dicernido judicialmẽte, ſin q̃ pueda hazerle opoſicion el Conde de Talarà por la manutenciõ de la mejora del tercio que ſe le manda dar por la dicha ſentencia, queriendo deſvanecerlas por las alegaciones de derecho (q̃ como eſtà dicho no las ha repugnado, ni contradicho en lo judicial, y actuado del pleyto) antes tacitamente las tiene conſentidas, pues acuſada la rebeldia de la alegacion en q̃ ſe propuſierõ, y reſpondiendo a ella en quanto a otros capitulos, a dichas detracciones no reſponde, ni las contradize, Barboſ. *in l. diuortio, §. ob donationes, num.* 14. *ff. ſolut. matrim.* Surd. *deciſ.* 47. *nu.* 9. ibi: *Quod in iudicialibus tacens conſentire videtur, etiam præiudicialibus*, Tiraquel. *de iure mariti*, §. 7. *num.* 37. Tuſch. *lit. T. concluſ.* 3. *numer.* 17.

10 ¶ Y ſiendo eſto cierto no han podido hazer contradicion ſus Abogados en las informaciones que han dado de derecho a la certeza, y juſtificacion de dichas detracciones, ni ſe deue atender a ella, como coſa eſtraña del pleyto, y contraria a los autos. Porque quando las excepciones no reſultan intrinſecamente de los inſtrumentos, preſentados en el pleyto, no baſta fundarlas en los papeles de Derecho, ſino que es preciſo alegarlas en lo judicial, vt diſtinguit Bart. *in l. cum qui, §. qui ita, ff. de verbor. obligat.*

gat Ranchin.in addit.à Guid.Papam *decis*.221.Iasson *in dict*. §.*qui ita*, Gratian.*discept.forens.cap*.268.*num*. 18. Pareja *de instr. edit. tom*. 1. *tit*. 1.*resolut*.3.§.3.*num*.154.

11 ¶ Pero sin embargo la iustificacion desta parte en el articulo propuesto, y conclusion referida, numer. 9. es concluyente, y la fundan demas de los Autores citados por esta parte en su informacion, *num*.207. Decius *in l.fin.C.de edict.diui Adrian.Tolend. n*.48.vers.*Si autem fideicommissarius*, & *cons*. 242. *incipit id clarior*, *nu*. 3. *circa finem*, vers.*Ad maiorem*, Achiles Personal.*de adipisc.poss.num*. 402. Cipio Rouitus *cons*.50.*num*. 32. Boer. *decis*.156. vbi copiose Ant. Faber *in suo*, *C.tit.de edict.diui Adrian. difinit*.2. Nata *cons*. 653. Surdus *cons*.7.*num*.23.& *seqq*. Marescot. *variar.lib*.1.*cap*.1.*per tot*. Bertazzol. *cons*.69.*num*. 41. & *cons*. 117.*num*.8. Vincent.de Franch.*decis*.204. *num*.28.& *seqq*. Seraphinus *decis*.609.*num*.4.& *decis*.805.*nu*.1.& *decis*.271.*num*.5.cum alijs Hodierna *ad Surdum decis*. 333.*num*.1. Fussar.*de fideicomm.quæst*.605. Franciscus Censalius *in addit.ad Peregrinũ*, *art*.47.*in princ cum versiculis*, *sequentibus*, & vers.*Septimo declaratur*.

12 ¶ Et in terminis meliorationis tercij, & quinti, Roderic.Xuar.*in l.quoniam in prioribus*, *in declaratione legis Regni*, *quæst*.6.*nu*. 10.& *seqq*.ex alijs Valdesius *ibidem num*.19. Angulo *de meliorat.in Rubric.num*.19.vers.*Quod tamen limitat*, Azeued, qui sequitur Roderic. Xuar.*in l*.3.*tit*.13.*num* 16.*lib*.4.*Recop*.

13 ¶ Y no solo como a heredera de su hijo tiene el derecho vniuersal para ser manutenida, y retener los bienes por sus detracciones, si no como heredera del Conde don Rodrigo, por cabeça del Conde don Alonso su hijo, quia hæres hæredis testatoris dicitur hæres, *l.liber homo* 59.§.6.*ff.de hæred.instit.l.hæredis appellatio*, *ff. eod*.cum similibus D.Valenç.Velazq.*cons*.167.*num*.80.Niger.Ciriac.*cons*.90.*n*.49.*to*.1.probant in terminis Paris.*cons*.47.*nu*.6.*libr*.2. & *cõs*.55.*num*.5.*lib*.3.Cœsar.Argel.*de legit.contradict.quæst*.13.*art*.5. *num*.55.Merlin.*de legitim.lib*.5.*tit*.4.*quæst*. 10.*nu*.6.Hodiern.*ad Surdum*, *decis*.333 *num*.14.

14 ¶ Y como se aduierte en la informacion desta parte, *num*.208.aunque passen los bienes en poder de tercero, se deuieran repetir, y recuperar la possesion, para hazer de su mano las detracciones justas, ad quod sunt iura, *in l.filiam fratibus*, *l.hæres* 21.*ff. ad Tebell*.ibi: *Sed posse eum rerum hæreditariarum possessionem*, *vel repetere*, *vel nasscici*, *l.lineã Margaritarum*, *ff.ad l.falcid*. Bart.*cons*.5.*in princ*. & *latius*, *cons*.91.Boer.*vbi supr.num*.2.& *seqq*. Roderic.Xuar.vbi supr. *ex dict.l.lineã Margaritarum*, *num*.16.Franc. Censal. *vbi supra*, vers.*Septimo declaratur*.

15 ¶ Y no es bastante remedio a fauor del heredero, que dè fianças el que pretende la mejora, de restituyr, en el juyzio de la particion, las detracciones, porque no puede suplir, ni equiualer

la

la fiança al derecho de retencion, que asiste al heredero, vt ex Rota, Castrensf. & alijs, tenet Argel. vbi supr. *num.* 60. Merlin. loco citat. *numer.* 6. Puteus *decis.* 471. *num.* 3. *lib.* 2. Surd. *decis.* 333. in fin. versicul. *oblatio*, Hodierna ad Surdum, ibidem, *num.* 10.

16 ¶ Et vbi competit retẽtio, non sufficit cautio, & fideiussionis oblatio, *l. statu liber rationem, ff. de statu liber, l.* 4. §. *ait Prætor, ff. de re iudicat.* cum alijs per Peregrin. *art.* 50. *numer.* 82. Post. *decis.* 92. *num.* 7. Y tiene disonancia el dezir, que el heredero vniuersal que de su mano puede hazer sus detracciones, aya de entregar en todo, ni en parte al mejorado, ò fideicomissario los bienes de la herencia, y pedirle despues sus creditos, y detracciones, Nata *cons.* 653. Pereg. *de fideicom. art.* 47 *num.* 67. in fin. Puteus *decis.* 471. *nu.* 3. *lib.* 2. Hodierna ad Surdum *decis.* 333. *num.* 4. *&* 10. Argel. *de legitimo contradict. q.* 13. *art.* 5. *num.* 60.

17 ¶ A lo referido se opone. Lo primero, que las detracciones son propias del juyzio de propiedad, y que para el se deuen reseruar, Postius, *decis. Rotæ, post tractat. de manutent.* 150. *num. fin.* vbi refert Decium *cons.* 19. *&* *cons.* 467. *num.* 13. Afflict. *decis.* 119. *nu.* 7. Negusant. *cons.* 56. *num.* 2. Rot. *decis.* 41. *num.* 12. *part.* 2. Seraph. *decis.* 971. *in fin.*

18 ¶ Lo segũdo, q̃ quando aya algunas detracciones legitimas, no estando liquidadas se deue dar la possessíon pro indiuiso, assi al heredero, como al fideicomissario, y mejorado, y que assi lo obserua la sagrada Rota, Postius *decis.* 216. *num.* 13. Beltraminus *in addit. ad Ludouis.* 185. Rota *decis.* 59. *part.* 2. *in nouis. diuersor.* Argel. *de legitimo contradictore, quæst.* 13. *art.* 6. *num.* 72. Honded. *cons.* 28. *in fin. to.* 2. Farin. *decis.* 562. *n.* 5. *nouis. tom.* 2.

19 ¶ Y en terminos de mejora de tercio y quinto, tenet Parlador. *rerum quotid. lib.* 2. *cap. fin.* 1. *p.* §. 9. *à n.* 5.

20 ¶ Y especialmente tratandose de materia de mayorazgo, en que ipso iure se transfiere la possessíon ciuil y natural en el sucessor por ministerio de la l. 45. de Toro, que en este caso le cõpete el remedio possessorio, especialmente siendo derecho preambulo por las capitulaciones, a quien no puede competir el titulo de heredero del Conde don Alonso, D. Molina *de primog. lib.* 3. *cap.* 13. *à num.* 52. a semejança de los fideicomissos, en que si el testador dà autoridad a el fideicomissario para tomar la possessíon est legitimo contradictor cõtra el edicto de Diuo Adriano, Menoch. qui alios refert, *cons.* 742. *num.* 6. Ludouis. *decis. Perusin.* 47. *num.* 19. Rota Romana per Farinac. *decis.* 115. *num.* 17. *part.* 1. Fusar. vbi supr. *num.* 22. Capic. Latro *decis.* 108. *à nu.* 30. Argel. *de legitim. contradict. quæst.* 10. *art.* 2. *num.* 27. Censal. in addition. ad Peregrin. *de fideicomm. cap.* 47. *vers. Sexto declaratur.*

21 ¶ Pero sin embargo de las contradiciones referidas corre con llaneza la conclusion que se funda en este articulo.

22 ¶ Lo 1. porque todas las vezes que por los autos consta, y de los instrumentos se manifiesta, que los bienes que se pretẽden de fideicomisso, ò de mayorazgo, estã sugetos a debitos, y creditos, que son primero que el vinculo, ò fideicomisso, el heredero tiene legitimo derecho de retencion, y ha de ser manutenido en la possession hasta que haga estas detracciones, porque el que pretende los bienes por de fideicomisso, ò de mayorazgo, y que se le dè la possession por este titulo, deue justificar quales seã liquidamẽte, Surd. vbi supr *num.* 12. Matesc. vbi supr. *num.* 31. *&* 32. decis. Rotæ apud Nigrum Ciriacum, post *controuers.* 12. *n.* 2.

23 ¶ Y esto no puede ajustarlo, si no es sacando primero los creditos que ay sobre los mismos bienes, que son los superiores, y antecedentes al vinculo, illud enim dicitur esse in bonis fideicõmissi, vel maioratus, quod superst, deducto ęre alieno, *l. mater bona, ff. de iure dotium, l. non passum, ff. de iure fisci, l. subsignatum*, §. 1. *ff. de verb. significat. l. si vniuersi, C. delegat. l. si fideicommissum*, §. *tractatum*, *ff. de reg. iur.* Burg. de Paz *cons.* 4. *num.* 7. Matienç. *in l.* 2. *tit.* 2. *glos.* 2. *num.* 11. *lib.* 5. D. Molin. *lib.* 1. *de primog. cap.* 10. *num.* 3. Y siempre en qualquiera disposicion se entienden reseruados los creditos de causa superior, etiam quando vniuersitas bonorum deducitur in dispositione, *l. recusare*, § *si fisco ad Trebel. l.* 3. §. *sed cum causa, l. Valerius, ff. de iure fisci, l. res, C. de donat. inter, l. si quis, C. de bonis proscriptor.* D. Valenç. Velazquez *cons.* 134. *num.* 2. *& seqq.* Sesse *decis.* 46. *tom.* 1. *n.* 8.

24 ¶ Lo 2. porque presupuesta la justificacion de los creditos, y detracciones que pertenecen a el heredero en los bienes cuyo residuo se pretende en todo, ò en parte ser vinculado este residuo, hasta que con efecto se ayan hecho dichas detracciones, tiene incertidumbre quoad quotam, & locum, como consideran los Doctores, porque ni se sabe quanta cantidad montarà el residuo, ni en que bienes se aurà de adjudicar, con que en la vniuersidad de bienes de que se han de hazer las detracciones, no es possible que el fideicomissario, ò el mejorado con la calidad de vinculo, pueda dezir estos bienes son de fideicomisso, y en estos se me ha transferido la possession ciuil y natural; porque en todos la ley, que no se engaña, y obra con certeza, no pudo transferir la possession ciuil y natural, porque es cierto que no todos los bienes pueden ser vinculados.

25 ¶ Y si dize, que estos, ò aquellos bienes particulares son de mayorazgo, le obsta, lo vno, el que no se sabe en que cantidad quedarà la mejora, ni en que bienes se adjudicarà, puesto que primero de ellos se ha de hazer el pago de los creditos, y detracciones del heredero, y assi no puede introduzirse la tenuta, y posses-

sion por este titulo, porque la ley 45. de Toro para la possession q̄ transfiere la ley, requiere que conste quales son los bienes, y cosas del mayorazgo, sin que en esto aya duda, ni se necessite de liquidacion, vt tenet Auendañ. *in dict. l. 45. glos.* 1. ibi: *Las cosas que son de mayorazgo, scilicet per rei euidentiam, ita quod non dubitetur, an sit, vel non maioratus, quia cum prædicta verba ad sui essentiam requirant bona esse maioratus, antea constare debet de substantia, quam remedio huius legis vti possit.* Palac. Rub. ibidem, *num.* 2.

26 ¶ Y por esta causa auiendo duda en la certeza, y liquidacion de los bienes, y de la calidad dellos, y qual parte sea de vinculo, y qual sea libre, no puede obrarse en virtud de la *ley* 45. *de Toro*, porque fuera obrar a ciegas, y sin la certeza que requiere la misma ley, y el derecho que transfiere la possession, el qual no la permite de cosa incierta, *l.* 3. §. *incertam, ff. de adquirend. possess.* ibi: *Incertam partem rei possidere nemo potest, l. locus* 26. §. *incerta eodem tit.* ibi: *Incerta autem pars, nec tradi, nec capi potest, veluti si ita tibi tradam quidquid mei iuris in eo fundo est, nam qui ignorat, nec tradere, nec accipere id, quod incertum est, potest, l. emptor*, & ibi notata, *ff. pro emptore*. Y assi en este caso es corriente la manutencion del heredero, ex DD. supra citatis, *num.* 11. y de los que se refieren en la informacion principal desta parte, *num.* 80. & traditrationem Rodrig. Suarez, hablando en terminos del mejorado en tercio que compite en la possession con el heredero, y dize, que hasta que el heredero haga sus detracciones, no puede ajustarse en que cantidad liquida quede el tercio, y assi no puede darsele la possession hasta que se determine en razon de las detracciones æris alieni, ita in *l. quoniam in prioribus, in declarat. leg. Regn. quæst.* 7. *num.* 11. vbi in fin. *Quia cum dicta tertia sit incerta, tam respectu æris alieni prius deducendi, quam alijs respectibus, non potest acquiri eius possessio cum incertæ rei, & partis possessio non quæratur.*

27 ¶ Lo 3. porque lo que se ha dicho en la razon antecedente, se haze mas juridico y cierto, considerando, que la mejora del tercio de que se ha mandado dar la possession en la sentencia q̄ se dize de reuista a la parte contraria, tiene incertidumbre, assi en la quota, como en la assignacion de bienes, porque aunque se presupone en la dicha sentencia, que monta 31. qs. 384ꝟ529. marauedis, es sin auer sacado de los creditos anteriores, assi el de los Espinosas, como las demas detracciones de las arras, de los 20ꝟ. ducados que quedaron reseruados a el Conde don Rodrigo, de los 6ꝟ. ducados de alimentos en cada vn año, por los de su vida, que siendo derechos anteriores a el vinculo, y obligaciones que minoran la suma del tercio, hasta que se ajusten, es precisso que la cantidad de dicho tercio sea incierta, y que solo puede tener certificacion por el ajusto vltimo de la cuenta, en que se hagan buenas estas partidas.

28 ¶ Y tambien ay otra incertidumbre en quales bienes quedarà adjudicado el residuo que restare liquido para el dicho tercio, que son dos incertidumbres loci, & quantitatis, aut quotæ, y es constãte, y textual sentir de los Doctores, que quando concurren estas dos incertidumbres; no se puede adquirir possession, ni manutener en ella, aunque si solo huuiera vna incertidumbre loci, vel quantitatis, se pudiera suplir la possession, y assi se entiende, y ajusta la contradicion que tiene entre si la dicha ley *locus* 26. con el §. *incerta autem pars* de la misma ley, y cõ la *dicha ley* 3. §. *incertam*, Bart. in *d.* §. *incertam*, & ibi Alexander, Zacius *n.* 7. Duarenus ibidẽ, Gifanus *nu.* 34. & ibidem omnes, Tiraquel. *de iure cõstituti, part.* 3. *limitat.* 19. Angel. *in l. quæ dotis,* §. *incertæ, ff. de rei vindicat.* Decius *consil.* 179. Beltrand. *cons.* 337. *num.* 3 *lib* 1. Curt. Iun. *cons.* 120. vers. *Præterea ex alio, lib.* 2. Visuald. ad Donel. *lib.* 5. *cap.* 8. *lit. E. & lit. F.*

29 ¶ Y en esta consideracion, aunque se adquiera ipso iure el fideicomisso, y de autoridad el testador para tomar la possessiõ del sin intervenciõ del heredero, como quiera q̃ esta licẽcia no se puede extẽder, ni entẽder mas q̃ en lo q̃ fuere verdadero fideicomisso, si los bienes del estan sujetos a detracciones, que son primero que el fideicomisso, no podrà vsar desta licencia el fideicomissario, ni preocupar la possession, ni tomarla judicialmẽte, sin que primero se ajusten las detracciones, porque lo contrario fuera contra la voluntad de la ley, y del testador, que solo quiso que la possessiõ fuesse de lo que fuesse verdadero fideicomisso, y no de mas cantidad, ita eleganter prosequitur Surd. *decis.* 333. *num.* 8. dõde dize: *Hoc solum fundamentum, esse iugulum præsentis controuersiæ,* y refiere à Ruyno, Socino, Parisio, Boerio, Natta, Crauèta, Menochio, Riminaldo, Rolando, y otros, Hodierna in add. ad Surdum, *nu.* 8. & 9. vers. *Omnes, num.* 2 eumdem Surdum referunt, & sequũtur Rota apud Farinacium, *decis.* 116 *tom.* 1. & melius *decis.* 776. *num.* 5. *tom.* 1. alij apud Hodierna vbi supr. *num.* 2. Marescot. *var. lib.* 1. *cap* 1. per totum, & pręcipue *nũ.* 34. vti ad id refert, *decis. Rotæ,* idem Surdus *cons.* 265. *n.* 34. Franch. *decis.* 204. *num.* 28. & addit. Visconti commendat Surdum omnino videndum, *d. cons.* 333. Franciscus Cençal. *in add. ad Peregrinum* vbi supra, vers. *Septimo declaratur.*

30 ¶ Lo quarto, porque por la adicion de la herẽcia que hizo el Conde don Alonso de su padre, y de su Abuelo, y entrada que hizo en los bienes, por este titulo fue visto hazerse pago en los mismos bienes en primero lugar de los crediros que en ellos tenia, y q̃le tocauan por razõ de dichas detracciones, como son los 20U. ducados, de que pudo disponer su padre; de la renta de los alimentos, que le pertenecieron a el dicho su padre; y en la misma forma el credito de los Espinosas, luego que le huuo pagado, y en la misma forma esta parte al tiempo que aceptò la herencia del Conde

don Alonso su hijo con beneficio de inuentario fue visto con la misma aceptacion hazerse pago en la concurrente cantidad de el credito de las arras en que era acreedora, *aditio enim habet vim solutionis*, *l. stichum*, §. *aditio*, *ff. de solut.*, *l. debitori creditor*, *ff. de fideiussor.* *l. planè*, §. *planè*, *ff. de legat.* 1. vbi Ruin. Cuman. quos citat Alexander *in dict. l. planè*, §. *si duobus*, *num.* 1. verſ. *Vel secundum.*

31 ¶ Y presume el Derecho, que el tiempo que possee el heredero los bienes de la herencia, esta possession es por titulo de su credito, saltim en los bienes que montā la concurrente cantidad del dicho su credito, y que los frutos que percibe en la concurrente cantidad, no ceden a la paga y satisfacion del, si no los retiene como vsuras y interesses que resultan de sus bienes propios, y no hereditarios, Bartlo. *in l. peculium*, *ff. de pecul.* in princ. per textum, *in l. si ei cui*, §. 1. *ff. de euictionibus*, copiose Surd. *decis.* 224. *à n.* 8. *cum seqq.* idem Surd. *decis.* 170. *num.* 1. & *decis.* 92. *numer.* 1. & 310. *num.* 10. Hodierna in Addit. *ad dictas*, *decis.* Grat. *disceptat. forens.* *lib.* 1. *cap.* 129. *num.* 25. & 26. Menoch. *cons.* 182. *num.* 33. & *seqq.* Cessar. Manent. *decis.* 34. *num.* 38. Pereg. *de fideicomis. art.* 35. Marescot. *lib.* 1. *variar. cap.* 37. donde funda, que desde el dia que aceta el heredero la herencia, sus creditos redituan a su fauor, y percibe los frutos, no como frutos de herēcia, si no como propios, nec eos tenetur cōputare in crediti solutionē Rota, *decis.* 71. *num.* 4. & 680. *part.* 1. in nouiss. eadem Rota apud Seraphinū, *decis.* 967. Porque la ley haze quasi perfictionē la paga del credito al heredero, *absque facto iudicis*, vt observat Hodierna ad Surd. *d. decis.* 224.

32. ¶ Y en terminos del que entrò a posseer los bienes q̄ se pretēden de mayorazgo cō dos titulos, el de heredero del fundador, y el de sucessor del mismo mayorazgo, se entiende (por la fuerça de derecho) que se haze pago por la adicion de la herencia de su credito, y que los frutos que percibe no extinguen, ni ceden a la paga del mismo credito, si no que son efecto y emolumento de sus propios bienes, y no vinculados por la razon dicha, de que al tiempo de la aceptacion de la herencia, por virtud del derecho se haze el heredero pagado en los mismos bienes, vt post Dom. Molin. ex copiossa allegatione pro constanti defendunt eius Additionatores, *lib.* 1. *de primog. cap.* 10. *num.* 4. verſ. *Cæterum*, Censal. in Addit. ad Peregrin. *de fideicom. cap.* 35. *in principio*, verſ. *Ex his tamen obseruo.*

33 ¶ Y asi no puede auer causa para darle a la parte cōtraria 31.qs.384U529. ms. por el tercio del Duque don Alonso, donde la ley supone, que estando hecho el pago al heredero, posseedor de los bienes de credito, precisamente no ha de montar dicho tercio la cantidad que por el se adjudica.

34 ¶ Lo quinto, y que viene en consequencia precisa de

 lo

lo que se ha dicho es, que las detraciones que en esta parte preten-de demas de la legitima del Duque dō Alonso, y legitima, y mejora de la Duquesa, abuelos del Conde don Alonso, son detraciones a que se obligó el dicho Duque en dichas capitulaciones matrimoniales con hipoteca de los bienes en ellas contenidos, y los demas del dicho Duque con obligacion anterior a el mismo mayorazgo, de que se sigue precisa exclusion de la manutencion que pretende el Conde de Talara, porque el heredero que tiene en los bienes de la herencia titulo de acreedor hipotecario, le compete derecho de retencion, hasta que se le haga adjudicacion de bienes en que aya de gozar su credito: y aunque por la aceptacion se confundan las acciones personales, las hipotecarias siempre duran ad effectum retentionis, para en caso que el fideicomissario, ò otro interessado pretenda possession de los mismos bienes, *l. debitor sub pignore, ff. ad Trebel.* donde pone el caso deste pleyto, illis verbis, *debitor sub pignore creditorem heredem instituit*, y dize el texto que tiene retencion, *propter pignus*, y que no le puede competir en la possessiō el fideicomissario, *possidet enim rem quasi creditor*, observāt omnes ibidem, & in *l. debitori, C. de pactis, & in l. sextante, §. latinus, ff. de exceptione rei iudicat*, Paulo de Castro, *in l. cum quis, §. fin. ff. de solut.* Curtius iunior, *in dict. l. si debitori, num. 7.* Meneses, *in l. cum secundū, C. de fidei com. l. 22. tit. 13. part. 5.* ibi: *Biē la podrà retener*, & ibi Gregor. verb. *retener* Sarmient. *in l. Mevius, §. duobus, num. 14. ad finem de legat. 2.* Camil. de Medicis, *cons. 163. nu. 32.* Surd. *cons. 7. num. 27* copiosſ. Casanat. *cons. 10. num. 180. & 149.* vbi plures refert Morla, *in imporio iuris. tit. de rebus creditis, quæst. 3. num. 19. vers. Quare commodius cum seqq.*

35 ¶ Y es tan fuerte el derecho de hipoteca para la retēcion, que no solo aprouecha a el credito hipotecario, si no que satisfecho estè, puede el heredero observar la retencion por los demas creditos chirografarios y personales, *l. vnic. C. etiam ob chirographariam pecun. pign. tener. poss.* Iason, *in §. item seruianan 22. in stitut. de actionib.* Surd. *decis. 46. numer. 9.* & ibi Hodiern. Gramatic. *decis. 58. num. 2.* Burlat. *cons. 66. num. 28.* & ex Rot. *decis.* Oliuer. Beltrami. ad Ludouis. *decis. 254. num. 7. lit. B.* Ant. Faber, *in C. lib. 8. tit. 16. difinit. 1. & 5.* post Greg. Lopez, Mantic. Molin. & alios probat Gaito, *de credit. cap. 4. quæst. 8. numer. 1065.* Olea, *de cession. iuri. tit. 5. quæst. 1. num. 28.*

36 ¶ Por manera, que el derecho de la retencion, y manutencion por dichas detraciones està calificado legitimamente por los fundamentos propuestos, y de passar a dar manutencion a el Conde de Talarà sin hazer a el heredero descuento en sus detraciones, es despojarle de los bienes en que el derecho le satisfaze su credito por virtud de la aceptacion, siendo assi que es preciso que aya de satisfazerse a el heredero ~~de sus~~ de ellas, y pueda dezir

con

con justa causa a la parte contraria, *dolo facit qui petit, quod postea restiturus est, cap. dolo facit de reg. iur. lib. 6.* Ruin. *regul.* 206. Mascard. *de probat. concl.* 351. *num.* 81. Menoch. *de præsumpt. lib. 5. præsumpt. 3. num.* 84.

37 ¶ De lo dicho resulta facil respuesta a los argumentos contrarios.

38 ¶ A el primero del Postio, y los demas que refiere, se responde.

39 ¶ Lo primero, que los Autores que citã no dizen la cõclusiõ en los terminos de la materia de detraciones, y algunos dellos aun no hablan en lo general de excepciones de mayor conocimiento de causa, que en lo regular se reservan para juyzio ordinario, *l. 3. §. ibidem, ff. ad exibendum,* vbi communiter DD. *l. ille à quo, §. si testamento, ff. ad Trebelianum, l. fin. C. de compensat. cum similibus.*

40 ¶ Lo segundo, que tres inspecciones puede tener la materia de las detraciones. La primera, que sean ciertas, y consten de los instrumentos, y en este caso no admite duda que ha de ser manutenido el heredero, ex DD. citatis supr. num. 11 a quien sigue el mesmo Postio, *obseruat.* 47. *à num.* 1. *& per tot. tractat. de manutent.*

41 ¶ Y esto es mas sin duda en el caso, que siendo ciertas en la sustancia, es necessario liquidar la cantidad, y adjudicarle bienes quando consiste, como en este pleyto la herencia en bienes rayzes, & incorporibus, y no en dinero de contado, que fue el temperamento con que se suele explicar el consejo de Cornio 232. *num.* 4. *lib.* 4. que solo quiso que tuuiesse retencion el heredero en la concurrente cantidad de sus detraciones, porq esto solo se puede verificar en el caso de estar liquida la detraciõ, y ser la herẽcia en dinero, porque con pagarle la concurrente cantidad se excusan vanos circuytos: pero quando la detracion es justa, y se ha de liquidar, y adjudicar incorporibus hereditarijs, entõces no pueden reservarse las detraciones para juyzio ordinario, antes es precisa la manutencion en fauor del heredero hasta que se hagan, y preceda adjudicacion de bienes, Marescot. *variar. lib.* 1. *cap.* 1. *nu.* 32. Rota Roman. *decis.* 565. *post num.* 4. *part.* 1. apud Farinac. *in nouissimis,* idem Farinac. *in recentiorib.* 1. *part. decis.* 113. Hodiern. ad Surd. *decis.* 333. *num.* 15. Beltram. *in Addit.* ad Alex. Ludouis. *decis.* 206 *num.* 13. Farinac. *decis.* 116. *tom.* 1. *per totum, & num. fin. & decis.* 776.

42 ¶ La segunda, quando està dudoso si competen las detraciones al heredero, de forma que en esta duda de los instrumentos resulte algun color con que se pueda fundar que pueden competir dichas detraciones, porque en este caso es el corriente sentir de los DD. que no puede competir el fideicomissario con el heredero en la manutencion, y que antes de passar a la possessiõ

del

del fideicomissario se deuen satisfazer a el heredero sus detraciones, y determinar sobre ellas, y assi lo resuelve y siente la Rota Roman en la *decis.* 520. *num.* 15. *part.* 1. *diuersor.* donde añade que en caso de duda se ha de presumir que a el heredero competen estas, ò otras semejantes defensas para impedir la manutencion de el fideicomissario, ibi: *Quod indubio præsumitur heredi aliam defensionem competere;* lo mismo siente la misma Rota quando alega el heredero q̃ tiene que hazer detraciones, æris alieni, que eneste caso basta que aya duda sobre si le pueden pertenecer, como indiuidualmente lo resuelven dos decissiones, que a la letra transcriue Franc. Nigro, Ciriac, despues de la *controuers.* 12. *del tom.* 1. por no estar antes impressas aunque las refieren, y siguen Beltramino, *in Addit.* ad Ludouis. *dict. decis.* 206. *num.* 12. Argel. *de legitimo contradict. quæst.* 10 *art.* 16. *sub num.* 335. Farinac. *decis.* 116. *tom.* 1. *recentior.* Y en particular la decission Romana de Capizuchis, *die* 5. *Iunij anno* 1606. Coram Lanceloto apud Nigrum, *d. tom.* 1. *controuers. fol.* 114. *col.* 2. donde hablando del juyzio sumarissimo de la manutencion, dize: *Quod in hoc iuditio sufficit heredi ad obtinendum in missionem, quod aliquid colorate, vel probabile opponatur, & indubio præsumitur ei posse aliam defensionem competere, vt ex alijs decissionibus rotalibus fuit in hac causa firmatum,* Maresc. *variar. lib.* 2. *cap.* 1. *n.* 34. ¶ Y en terminos mas apretados, que el testador diesse licencia a el fideicomissario para tomar la possession sin dependencia del heredero, dize que si se duda de que pueda competir detracciones, no puede el fideicomissario vsar de esta licencia, si no que antes de darse la possession, se ha de determinar sobre los derechos deducidos por el heredero, ibi: *Igitur licentia de ingrediendo possessionem propia authoritate à testatore concessa debet intelligi vt locum habeat quando constat heredi nullam omnino competere defensionem, secus si competat VEL ETIAM DVBITARI POSSIT, an aliqua defensio posit competere.*

43 ¶ Y quando la duda consiste en la cãtidad de las detracciones, y en la liquidaciõ de ellas consiguientemente, y con mayor razon compete la manutencion a el heredero, porque la misma duda que ay en la cantidad que puede montar la detracion ay por consequencia necessaria en lo que puede montar el fideicõmisso, y siendo por esta razon, y liquido, no es manutenible en perjuyzio del heredero, vt diximus, *à num.* 24. & ex pluribus decissionibus Rot. probat Farinac. *dict. decis.* 776. *num.* 5. Argel. *vbi supr. art.* 11. *num.* 185. ibi: *Si igitur æs alienum deducendum, si illius quantitas in certa, si magno adeò esse potest, vt vel totam, vel maximam hæreditatis partem absorueat constat non aparere de iure fideicommissarij, & per consequens non esse legitimũ cõtradictorem,* y en la question 20. *art.* 1. resuelve que si en los bienes de la herencia consta que ay parte de bienes vinculados, ò feudales, se ha de dar la manutencion de todos a el heredero,

dero, y que estando en ella se han de liquidar quales son libres, y quales feudales, & prosequitur ex Curtio iunior, Rolan. Menoch. & alijs.

44 ¶ Y esta resolucion es mas indubitable quando las detracciones nacen de los mismos instrumentos de que se vale la otra parte, porque aun en las materias en que no se admiten alegaciones iliquidas, y que requieren mayor conocimiento de causa, se deuen admitir, y liquidar en el joyzio sumario, sin reseruarlas para otro ordinario y petitorio, vt determinat Rota, quam refert ad literã Garcia *de benef.* 1 *part. cap.* 5 *num.* 489. Tiraquell. *de retract. linagier*, §. 4. *glos.* 1 *num.* 4. Marchesan. *de commissionib.* 1 *part. cap.* 14. *num.* 45. Surd. *cons.* 186 *num.* 22. Capicio *decis.* 17 *num.* 9. Cartario *decis.* 15 *num.* 12. 13. *&* 18. D. Salgad. *de protect. Regia part.* 3. *cap.* 3 *num.* 63. *& part.* 4. *cap.* 13 *num.* 51. *&* 52. Marescot. *variar. lib.* 2. *cap.* 1. *n.* 34.

45 ¶ La tercera inspeccion es, quando es liquido y cierto el fideicomisso en la sustancia, y en la cantidad, y consta notoriamente de los autos, que no ha de tocar de lo que le dà a el fideicommissario parte alguna a el heredero, y se descubre por los autos que no tiene, ni puede tener detracciones; que si en este caso pretende impedir la possession del fideicomissario con alegar que ay detracciones, sin que las haga prouables, ò dudosa la contextura de los autos; entonces no impiden la possession del fideicomissario, como lo resueluen los Autores supra citati, y en particular Nigro *d. controuers.* 12. *n.* 16. 17. *&* 18. Y en esta especie se entiende la decisiõ de Potio vbi supr. n. 17 relata.

46 ¶ Vease, pues, como se aplicarà la dicha decision de Potio a el caso presente, donde son constantes las dichas detracciones, no contradichas por la otra parte, antes consentidas tacitamente, argum text. *in l. si debitor, C. quando fiscus, & priuat.* ibi: *Si debitum non inficiantur, & l. si in causa eodem tit.* vbi glos. *conuenti.* ibi: *Hoc tamen si confiteatur se debere*, donde en esta glosa se requiere allanamiento expresso, y confession de la deuda, y la *ley si debitum* siguiente, tiene por bastante reconocimiento y confession, que no se niegue, aunque no se confiesse, y Surd. en el *cons.* 4. *num.* 27. dize, que equiuale a credito confessado, y no contradicho, aunque se contradiga, y niegue, sy resulta su justificacion de los instrumẽtos del pleyto guarentigios, sequitur Barbos. *in d. l. si in causa n.* 6.

47 ¶ Y mas quando la liquidaciõ ha de nacer de los mismos autos, porque las dichas detracciones son liquidas por los mismos instrumentos en que se fundan. Y aunque el credito de los Espinosas se pretende embaraçar por defeto de liquidacion, se satisfaze con todo lo que està dicho en esta materia, y que es notorio en la sustancia, y en la obligaciõ hipotecaria, de que no se duda, y que reconoce la parte contraria, que aunque se huuiesse hecho asignacion

ciõ de bienes para el vinculo, no se podrà impedir la satisfaciõ ẽ los dichos bienes, ni respeto de el dicho credito se podian considerar vinculados, vt dictum est supr. *num.* 8. y en la cantidad tambien està liquido por el testimonio de la sentencia de graduacion, y de lo q̃ se refiere en razon della, y paga hecha por el Conde don Alonso en la informacion de esta parte, *à num.* 484. y en el replicato, *à num.* 166. cum seqq.

48 ¶ Y quando no huuiesse pagado cosa alguna, bastaua fuesse el credito cierto para retener el heredero la concurriente cãtidad, junto con las demas cantidades, de que es acreedor para hazerse pagado, assi, y a los demas acreedores de su mano, puesto que el fideicomissario, ò mejorado, solo tiene derecho a los bienes que restan pagados todos los creditos, vt dictum est supr. *num.* 23. & inferius persequemur, *à num.* 58.

49 ¶ A la segunda dificultad, y argumento contrario propuesto, *num.* 18. se responde.

50 ¶ Lo primero, con lo que se ha dicho, *num.* 27. & *num.* 28. *&* 29. De que no puede competir possession proindiuiso al mejorado, ò prelegatario, quando se halla con dos incertidumbres su pretension, quantitatis, & loci, como es cierto que se hallan en la mejora que de contrario se pretende.

51 ¶ Lo segundo, porque en esta misma forma, y con esta inteligencia hablan las decisiones de Rota, que se refieren *d. n.* 18 y solo permiten la possession pro indiuiso, quando solo ay vna incertidumbre loci tantum, y es cierta la quota y cantidad del fideicomisso, ita Oliuer. Beltraminus *in add. ad Ludouis. decis.* 206. *nu.* 11. donde pone por regla, que el fideicomissario no es legitimo contradictor, y para darle possession es menester que primero a el heredero se den sus detracciones. Y en el *num.* 12. assegura mas esta conclusion, quando las detracciones son æris alieni. Y en el *num.* 13. hablando en especial en las detracciones de Trebelianica, y Falcidia, quando son ciertas en la cantidad, y solo inciertas ratione loci, y la herencia consiste in corporibus hæreditarijs, dize, que la Rota en este caso acostumbra dar al fideicomissario la possession pro indiuiso, y en esta forma entiende lo que sin esta distincion dixo en la adicion a la *decis.* 185.

52 ¶ Con la misma distincion habla Cæsar Argel. vbi supra, *num.* 18. en caso que la detraccion sea solo de legitima, ò Trebelianica, que son ciertas quoad quotam, aunque no tengan certeza en los bienes en que se han de adjudicar.

53 ¶ Y la Rota Romana apud Buratum, *decis.* 63. *nu.* 10. para dicha possession pro indiuiso, quiso que fuesse el fideicomisso cierto quoad quotam, & locum, *&* *adnotatio add. decis. lit. C.* Merlin. *de legitima, lib.* 5. *tit.* 4. *quæst.* 10. *num.* 14. ibi: *Rota tamen contrarium seruat,*

uat, namque data certitudine detractionum legitimæ, & Trebelianicæ, quæ hodie important medietatem aßis, vtrique parti dat immißionem. Et infra vers. *Et ad id*, ibi: *Et ad id quod legitima sit incerta ratione loci, respondet Rota, quod quando datur certitudo respectu vniuersitatis, quod bona sint supposita fideicommisso, licet resultet aliqua incertitudo respectu loci legitimæ, non autē respectu quotæ, non potest denegari immißio.* Et prosequitur infra, diziendo, que quando ay mas incertidumbre, quam ratione loci, no se dà semejante inmision. En el mismo sentir habla Hondedeo, y los demas Autores citados, *n.* 18.

54 ¶ Con que es agena de este pleyto la aplicacion que de contrario se haze destas decisiones, pues aqui no solo ay, y ha auido duda en el vinculo y mayorazgo que de contrario se preten de quanto monte, y en que bienes se aya de adjudicar que era bastante para denegar la inmisiō pro indiuiso, sino en la misma sustancia del vinculo, con fundamentos tā fuertes como se ponderan en la informacion y replicato desta parte, dōde se funda, que no se hizo mayorazgo, ni fundacion de vinculo, ni tuuo efecto la promesa en quanto a los 1 IIJ ducados de renta.

55 ¶ Y basta al heredero para impedir la possesion de el fideicomissario, ò mejorado que le quiere hazer competencia, y lado en la possesion que contra el fideicommisso oponga qualesquier razones, que no siendo concluyentes tengan algun color, q̄ pueda ocasionar duda, Argel. *de legit. contradict. quæst.* 10. *art.* 4. *n.* 60. *& num.* 24. vbi ad id plures refert decis. Rotæ.

56 ¶ Y la duda q̄ à tenido la pretension contraria, bien se califica por la sentencia de vista, y remisiones que para ello huuo, y fundamentos propuestos por los Abogados desta parte.

57 ¶ Vltra deque presupuesto (que no se puede negar) q̄ auiendo detracciones que hazer, no solo de legitimas ciertas, si no de creditos que se han de ajustar, y liquidar, no es fideicomisso cierto quoad locum, & quantitatem, no aurà decision de Rota, ni lugar, ò autoridad que diga, que puede tener lugar la possesion pro indiuiso, ni que tal obseruancia tenga la Curia Rotal.

58 ¶ Lo segundo, porque las deciciones de Rota, y estilo della, hablan en caso que las detracciones son de Trebelianica, ò Falcidia, ò legitima, que de iure sunt certæ, & proueniunt à prouidentia legis, vel testatoris dispositione.

59 ¶ Pero no habla en caso que el heredero tiene que sacar primero sus creditos causados por otro titulo de pacto, y prouidencia de las partes, porque en quanto a esto es constante por el mismo estilo Rotal, y disposicion de derecho que le assiste, que primero ha de sacar el heredero sus detracciones, y que no se le puede dar possesion pro indiuiso al opositor; si no es determinando, y liquidando primero los creditos que pertenecen a el heredero, quia

illud solum ad fideicommissariũ potest in parte, vel toto pertinere, quod est hæreditariũ, & in hæreditate continetur, *l. in fideicommissarium, §. quoties, ff. ad Trebellian. l. eo hæredi, §. cum filium, ff. de vulgar. & Pupil. l. in quartum, l. quod autem, ad l. Falcidium*, cum alijs apud Argelum, vbi supr. *quæst.* 10. *art.* 11. *à num.* 172. Donde concluye, que constando de los creditos, no se puede passar a la manutencion del fideicomissario, sin hazerle dellos pago al heredero, idem tenet Rota Roman. apud Caualcanum *decis.* 173. optimè Mandel. Albensis *cons.* 287. *num.* 61. Donde dize, que contra el fideicomissario tiene derecho de retẽcion el heredero, aunq̃ no aya hecho inuentario, y dize que en esto nadie disiente, ni discrepa Craueta *cons.* 144. *colum.* 2. *num.* 5. Socin. Iun. *cons.* 170. *col.* 1. & 2. *vol.* 2. Roland. à Valle *cons.* 65. *num.* 13. *vol.* 2. Belon. *cons.* 90. *num.* 9. idem Mandel. *cons.* 503. *numer.* 28. & 29. & 30. Menoch. *cons.* 89. *numer.* 29. & *sequentib.* & *numer.* 155.

60 ¶ Y assi en estas detracciones la Rota Romana no admite la possession pro indiuisso del heredero cõ el fideicomissario, ita dicta *decis. Rotæ*, apud Nigrum, relata supr. num. 42. vers. *Quod verò*, donde en caso semejante dize, que auiendo detractiones que hazer a fauor del heredero, no puede sustentarse la possession pro indiuiso del fideicomissario, y que Paris. *cons.* 52. *num.* 115. *lib.* 3. que por equidad introduxo esta inmission proindiuiso, se ha de leer, y entender en el caso que habla, y como se han explicado las decisiones de Rota, supr. à num. 51. pero no quando el heredero tiene detractiones ęris alieni, ita prosequitur ibidem: *Quod verò iterum dicitur, nihil esse detrahendum propter factas detractiones, cessat ex eadem decisione, ex qua constat non fuisse factas aliquas detractiones, cum possessio proindiuisso inuenta, per modum temporamenti durante compromisso non possit deseruire pro detractionibus. Vltra, quo ad effectum intret, cons. Paris. 52. num. 115. lib. 3. Quod quando nihil est detrahendum fideicomissarius dicatur legitimus contradictor, opus est, vt manifestè, & notorie appareat, nihil esse remansurum penes hæredem, sed omnia esse de nouo restituenda fideicomissario, & Paris. debet cũ magna circunspectione intelligi, vt dixit Rota in allegata causa Slenaga lien. fideicomissi 22 Maij 1606. corã R.P.D. meo sacrato, vbi etiã anuit hanc negatiua; quod penes hæredem non sit aliquid remansurum, debere à fideicommissario probari, non autem affirmatina ab hærede, qui vt in alia decis. ex Surd. & alijs dictum fuit, poterit post adeptam possessionem ostendere sua debita, quod in hoc casu facilius, procedit, quia ex ipso compromisso constat, vsque ab initio Portiam habuisse alias pretensiones, neque restrixisse, se ad legitimam, & Trebellianicam, sed vltra portionem Clitiæ, prætendebat, etiam non nulla alia, quæ potuerunt eius hæredes post modum specificare.*

61 ¶ Y es muy conforme a derecho que al heredero, que se halla acreedor, y en especial hipotecario, no le compita en la possession, saltim, proindiuiso el fideicomissario, ò mejorado, q̃ tienen

titulo

titulo posterior en grado à los creditos del heredero, por que el derecho hipotecario, y de prenda, ò retencion no se contenta con vna parte, por q̃ no es partible, si no indiuisible, *l. rem hæreditariã 65. ff. de euictionibus*, ibi: *Propter indiuisam pignoris causam, l. 1. & 2. C. si vnus ex pluribus hæredibus creditoris, vel debitoris, argum. text. in l. quandiu, C. de distract. pignor.* & ibi Gotofred. *lit. C.* ibi: *Quia ius pignoris est indiuiduũ.* Y la possessión pro indiuiso resiste, y se opone a la retencion por titulo particular.

62 ¶ Et in terminis, que el heredero a quien compete credito dotal, ò otro semejante, por diferente titulo que el de heredero, que se le deua dar satisfacion antes que se passe a la possession del sustituto, ò fideicomissario, tenent Castrens. *cons. 77. in primo dubio, lib. 7.* Natta, *cons. 255. num. 9.* copiosè post allios, Argel. vbi supra, *à num. 177. cum seqq.*

63 ¶ Imò, aunque sobreuenga otro titulo, pendiente el juyzio de manutencion (si este es manutenible) se puede mudar la causa de possession, y posseer por nueuo titulo, y por ambos si son compatibles, vt prosequitur Posth. *obseruat. 54. num. 23. & seqq.*

64 ¶ Vltra de que el estilo de la Curia no puede ser de cõsequencia para este pleyto, aunque estuuiessemos en los terminos en que habla, por que illud obseruatur de æquitate Canonica, que solo se obserua in terris Eclesiæ, Mastril. *decis. 72. n. fin.* Y en España se obserua el derecho comũ, y finalmente es constante, que quãdo no ay certeza, ni liquidacion en la cantidad, y faltan que sacar creditos, que han de disminuir precissamente el tercio, no se puede dar possession pro indiuiso al interessado en el, con percepcion de frutos, Argel. *de legitimo contradictore, dict. quæst. 13. in add. artic. 6.* vers. *Amplia*, Rota apud Merlinum, *decis. 7. & decis. 25. & in tract. de legitima, lib. 5. tit. 4. quæst. 10. num. 16.*

65 ¶ Al lugar de Parladoro que se refiere supra, nu. 19.

66 ¶ Se responde. Lo 1. que lo contrario, y con mas razon, y derecho siente Rodrigo Xuarez, y los Autores que le siguẽ, vbi supra, num. 12.

67 ¶ Lo 2. que la razon en que se funda Parladoro para dar la possession pro indiuiso del mejorado, es mas incierta que su resolucion, por que se funda en que por la *l. 21. de Toro* la mejora de tercio, y quinto se hizo semejante a la herencia, y se han quitado ya las diferencias de la quota bonorum, & hæreditatis, de quibus DD. in *l. si quis seruum, l. fin. cum l. sequenti, ff. de legat. 2.* y lo cierto, y seguro es lo contrario, que todavia por la dicha ley quedaron en su fuerça de derecho las diferencias de quota de herencia, que pertenece al heredero, y de quota de bienes q̃ pertenece al mejorado, ita Segura in *l. vnum ex familia, §. sed si fundum, ff. de legat. 2.* Parlad. *in l. cum autem eodem tit. num. 15.* D. Molin. *de primog. lib. 1. cap. 8. num. 16.*

y mejor, y mas por extenso explicando la dicha *ley* 21. en el mismo libro, *cap.* 10. *à num.* 5. & ibi Addententes D. Castill. *lib.* 5. *controvers.* *cap* 161. *num.* 27. ibi: *Semper tamen in ea fui sententia, & opinione, vt existimarem legem illam non corrigere iura communia.*

68 ¶ Y que en todo sea conforme la dicha ley, a la disposicion de derecho comun, que observaua dichas diferencias quotales, vltra relatos tenet Iuan Guttierr. *pract. libr.* 2. *quæst.* 58. *num.* 5. Alvar. Velasc. *consult.* 110. *nu. fin.* P. Molin. *disp.* 640 *num.* 5. vers. *Circa ea*, D. Castill. vpi supra.

69 ¶ Lo 3. por que aunque estuuiessemos a la opiniõ de Parladoro, no podia sustentarse en este caso, por que la diferencia de las quotas podria quitarse en la mejora hecha en testamento, pero no pudo entenderse en mejora hecha en contrato, en que no aduirtiò que la mejora no podia hazer papel de herẽcia, ni de quota hereditaria, cum in contractu non posit relinqui hęreditas, *l. hæreditas cum similibus, C. de pactis conuentis.*

70 ¶ Y asi el señor don Luis de Molina, vbi supra, *num.* 5. vers. *Quæ omnia*, haziendo distincion de la mejora hecha en testamento, ò en contrato, dize, que en aquella pudiera tener lugar la semejança de quota hæreditatis, pero en la que nace de contrato no, si no que precissamente se ha de tener por quota bonorum, y asi por necessaria consequencia en ella, se han de sacar en primero lugar los creditos por el heredero, & ęs allienum, antes que se considere mejora, ni fideicomisso, ni mayorazgo, in idẽ prosequitur D. Castill. *lib.* 5. *cap.* 161. *num.* 23. vers. *Est tamen.*

71 ¶ Lo 4. por que de ser fideicommisso en quota de tercio, ò quinto, dexado en testamento, a serlo de contrato, ex dictis, se sigue, que si el fideicommissario es posseedor restituta per fideicommissum hæreditate, passan las acciones actiuas, y pasiuas, *l. facta, l. restituta. ff. ad Trebellianum*, y de aqui siente Argelo, vbi supra, *q.* 10. *art.* 12. que si el fideicommissario preocupò la herencia legitimamente, basta que se le dè la possesion pro indiuiso al heredero, vt obseruat *d. art. à n.* 116. cũ his quæ prosequitur *q.* 13. *art.* 6. *à num.* 71. & præcipuè *num.* 73. por que los creditos hereditarios ygualmente por su porcion los ha de satisfazer el fideicomissario, & cõntra eum possunt dirigi actiones.

72 ¶ Pero contra el mejorado en contrato, no passan dichas acciones, si no contra el heredero se exercitan, y asi auiendo que sacar creditos, deue retener el heredero los bienes hasta que se liquide el residuo en que puede cõsistir la mejora, y el mayorazgo en ella hecho, D. Molina, vbi supra, D. Castillo, loco, & versiculo citato, ibi: *Et tamen maxima differentia, an maioratus sit factus in testamento, an in contractu cum bonorum appellatio facta in contractu, intelligenda sit, deducto ære alieno, neque in eum, in quem bona transferuntur per contractũ*

transſeant iura, & actiones, ſicut in eum in quem transferuntur ex teſtamento transſeunt. quod eleganter aduertit D. Molin. *lib.* 1. *dict. cap.* 10. *nu.* 5. verſ. *Quæ omnia*, & Add ad D. Molin. *dict. cap.* 10. *num.* 6. & 7. P. Molin. *diſp.* 640. *num.* 2.

73 ¶ Y ſolo en caſo que ya ſea poſſeedor el mejorado, pretenden algunos que puede ſer conuenido, y lo contrario ſiente el ſeñor Molina, aunque dize; que ne erretur, ſe puede conuenir a ambos heredero, y legatario.

74 ¶ Y pueſto que el heredero tenia la manutencion por ſentencia de viſta, y la preocupacion, no parece puede ſer conſiguiẽte el darle al mejorado mas que aquello que liquidamente le tocare deſpues de los creditos.

75 ¶ Lo quinto, porque caſo que pudieſſe tener aplicaciõ el ſentir de Parladoro, auia de ſer quando la herencia eſtà grauada con creditos exteriores, y no del miſmo heredero, porque en aquellos no es tan grande el agrauio que ſe recibe, ſi prorrata cobra el acreedor de ambos, vt conſiderat Argel. *q.* 13. *art.* 6. *n.* 73.

76 ¶ Pero quando los creditos ſon del miſmo heredero, tiene grandiſsima diſonancia que el ſea deſpojado, y amparado el mejorado en mas de lo que puede tocarle de ſu mejora, y que aya de pedir de nueuo el heredero al mejorado, vt dictum eſt ſupra, y en eſte caſo no es legitimo contradictor el que ſe vale de la mejora, aunque aya preocupado la poſſeſsion, Argel. *d. q.* 10. *à n.* 172.

77 ¶ Y en particular no lo puede ſer para percepcion de frutos, pues como ſe ha dicho, num. 30 al heredero deſde que aceta ſe ſupone hecho el pago, y los frutos no eſtinguen el credito, ſi no los percibe como propios, y dandole la poſſeſsion al mejorado de lo que puede correſponder a los creditos del heredero con los frutos, locupletaretur cum iactura aliena, vt in ſimili Merlinus de legitima, vbi ſupr. *num.* 14.

78 ¶ Ni aurà deciſ. Rotal, ni autoridad legal, que pueda juſtificar el ſentir de Parladoro, ni el hablò en eſte caſo, ſi no en caſo ordinario de deduccion de legitima, y ſemejantes.

79 ¶ A lo vltimo que ſe propone en contrario, num. 20. ſe reſponde.

80 ¶ Lo primero, cõ todo lo que ſe ha dicho, *à num.* 24. vſque ad *num.* 28.

81 ¶ Lo ſegundo, que como ſe dixo, *num.* 29. aunque el fideicomiſſo ſea de calidad, que ipſo iure, ſe adquiera al fideicomiſſario, en que tiene ſemejança, y paridad con el mayorazgo, en que por miniſterio de la ley ſe transfiere la poſſeſsion, vt obſeruat Dom. Molin. *lib.* 1. *cap.* 14. *num.* 13. Sin embargo quando ay detracciones a fauor del heredero, no ſe le puede dar la actual poſſeſsion, haſta que ſobre ellas ſe determine ex DD. vbi ſupr. *dict. num.* 20. *citatis*. Y aſsi

corre la mesmā razō, aunq̄ los bienes sean vinculados, valet enim argumentum à fideicommisso ad maioratum, Peralta *in l.3.§.qui fidei commissa, num.91.ad finem, ff. de hæred. instit.* Valasco *de iure emphiteutico, quæst.50.num.29.*D.Molin. *dict. lib.* 1. *cap.* 7. *num.* 9. Barbos. in locis communibus, *loco* 48.

82 ¶ Ex quibus, queda ajustado ser propias del juyzio de manutencion dichas detracciones, y que quando en lo general el edicto de Diuo Adriano, ò la ley de Soria, no fuessen bastantes a impedir la inmisiō del fideicomissario, ò mejorado. Auiendo detracciones a fauor de el heredero, le compete retencion, y el sumarissimo de la manutencion es inescusable en su fauor: reseruando al fidei comissario, ò al mejorado, la que pretende, para quando hecha la vltima cuenta se ayan deduzido los creditos del heredero.

ARTICVLO II.

83 PARA inteligencia deste articulo presupongo. Lo primero, que estando visto en vista, y remitido, se deduxeron las detracciones por esta parte, en peticion de 11.de Iulio de 1647. Rollo del pleyto, fol.224. y a ellas concluyò sin embargo la contraria, protestando no responder a lo nueuamente deduzido, y retencion pedida, Roll. fol. 225.

84 ¶ Y asi nismo se pretēdiò por esta parte q̄ se añidiesse al memorial el testimonio que entonces presentò del pleyto de los Espinosas, y por autos de vista, y reuista se denegò, y despues se pronunciò la sentencia, en que se diò la manutencion de todos los bienes a esta parte, que fue en 28. de Nouiembre de 1648. con calidad, que se obligasse a tener los bienes de manifiesto, y diesse fianças en razon de los frutos, para en caso que fuesse condenada a restituyrlos.

85 ¶ Y en el mismo dia saliò auto, en que se mandò, que esta parte respondiesse derechamente a la possession, y propiedad deduzida por parte de doña Ana Maria de Guzman, que continua el dicho Conde de Talarà.

86 ¶ De la dicha sentencia suplicò el Conde de Talarà por peticion, Roll. fol. 251. y esta parte por peticion, fol. 255. suplicò asimesmo, pidiēdo que se confirmasse en lo fauorable, y bolviò a deduzir de nueuo dichas detracciones, y en quanto a mandar dar fianças, pidiò se reuocasse, porque bastauan los bienes que posseia, y su obligacion, para plena seguridad de los frutos en el caso que se mandassen restituyr: y se ofreciò aprouar. Y por otro si hizo de nueuo presentacion del testimonio de los Espinosas.

Y assi-

87 ¶ Y assimismo suplicò del auto, en que se mandò retener el pleyto en esta Corte, y q̃ esta parte respondiesse al juyzio possessorio plenario, y de propiedad, y acusò rebeldia de ambas peticiones, pieç. fol. 259.

88 ¶ Y la parte del Conde de Talarà concluyò sin embargo llanamente, y sin protesta alguna, y cõtradixo la prueua, y se huuo por concluso, Roll. fol. 267. y esta parte por peticion, fol. 268. se apartò de la prueua, de que se diò traslado a la otra parte, la qual por peticion de 22. de Abril de 1651. alega en forma, y dize que sin embargo del testimonio del pleyto de los Espinosas, se ha de hazer como tiene pedido, y alega en lo principal: y en quanto a las detracciones, no las contradize: y en quanto al dicho testimonio de los Espinosas, dize lo que se refiere en esta informacion, *nu.* 8. Y en 20. de Mayo esta parte concluye sin embargo, protestando no responder a mas que lo que contiene, y determina la sentencia de vista, que es el articulo de manutencion sumarissimo: y la parte contraria buelue a dezir, que el no alega nada de nueuo, y que sin embargo de la protesta, se ha de mandar hazer como tiene pedido, y esta parte concluyò sin embargo, afirmandose en la dicha protesta de no responder a mas que el juyzio sumarissimo, contenido en la sentencia de vista, que es el articulo de manutencion, Roll. fol. 293.

89 ¶ Y concluso el pleyto, la sentencia fue, *confirmar la sentencia de vista, conque la possession mandada dar a esta parte sea proindiuiso por 16. quentos 788US572. marauedis. Y con que la parte del Conde de Talarà sea amparado, y manutenido en la merced del titulo de Conde de Saltès, y en los bienes sobre q̃ es este pleyto, por cantidad de 31. qs. 384US529. mrs. q̃ se adjudicò a D. Alonso de Guzman, segundo Conde de Saltes, en las particiones, cuyo testimonio està en estos autos, por la mejora del tercio de los bienes del Duque don Alonso Perez de Guzman, lo qual sea pro indiuiso en los dichos bienes que oy estan en ser, para que goze al respeto de los que tocare a los dichos 31. quentos 384US529. marauedis de los frutos que han procedido, y procedieren desde la muerte de doña Ana Maria de Guzman.* Y se manda, *que vna parte a otra dè fiança de restituyr los dichos bienes, y frutos si a ello fuere cõdenada.* Y prosigue: *Todo lo qual se entienda sin perjuyzio del derecho de las partes, para el juyzio de la propiedad.* Y luego se pone otra clausula: *Y reseruamos a ambas las dichas partes su derecho a saluo de la vna cõtra la otra, en razõ de sus pretensiones, y a entrambas contra los bienes libres, y herederos del dicho Duque don Alonso Perez de Guzman, y contra quiẽ mas vieren q̃ les cõuiene en razon de sus derechos, y pretensiones.* Y manda, que los arrendamientos de la hazienda los haga el Conde de Talarà, con interuencion desta parte. *Y en lo que es contra la primera sentencia a esta se reuoca.*

90. ¶ Y en el mismo dia se proueyò auto a parte, en que se confirmò el auto de vista, vbi supr. num. 85. *Con que el responder sea en la propiedad deduzida.* Y se denegò el responder en el juyzio possessorio plenario.

91 ¶ Hoc in facto presupposito, corre con llaneza la pretẽsion deste articulo, y justificacion de la suplicacion interpuesta de la sentencia, que se dize de reuista, para que se mande responder a ella.

92 ¶ Lo primero, porq̃ la regla inconcusa, y constante de derecho es, que aunque vna vez sola se admita suplicacion de la sentencia de vista, *l.4.ne liceat tertio prouocare, l.si quis aduersus, C. de precibus Imperatori offerendis, l.4.tit 24.l.25.tit.23.part.3.l.2.tit.19.lib.4. Recopil.* latè Giurba *decis.66.num.1.& 2.* Mastrill. *decis.43.num.16.*

93 ¶ Pero si sobre lo que se determina en la sentencia de reuista solo ay vna determinacion, y nueuo aditamẽto en quãto a esto, se podrà suplicar para que aya dos instancias, y dos sentencias, Angel. *in l.vnic.C.ne liceat tert.prouocare*, notant Greg. Lop. *in l.25 tit. 23.part.3.* Couarr. *pract. cap. 25. nu. 6.* Auend. *de secunda supplicatione, num.1.* Iuan Garcia *de expens.cap.6.num.17.* Azeued. *in l.2.tit.19.lib.4. num.1.* ex alijs D. Rea *decis.Granatens.77.num. 1.* D. Salgad. *de protect. Reg.3.part.cap.26.num.70.* Azeued. *in l.2.tit.19.lib.4. Recop. in princ. num.1.* Bertaçol. *cons.401.num. 20.* Bursat. *cons.219.num.3.* Sebast. Guacin. *de defens.Reor.defens.37.c.2.per tot.* precipuè *n.8.*

94 ¶ Lo segundo, porque sobre las dichas detracciones, que como se ha dicho, *art.1.* se admiten en el juyzio de manutẽciõ; no puede cõsiderarse que aya dos sentencias (antes lo cierto es, que como se fundarà num. 98 [illegible] no ay primera, ni segunda determinacion) conque no puede impedirse la suplicaciõ, para que en ellas aya dos determinaciones, dos instancias, y dos sentencias, porque conforme al presupuesto hecho en el principio deste articulo, la sentencia de vista, no determinò, ni pudo determinar sobre ellas, porque quando se deduxeron, ya estaua visto el pleyto, y con dos remissiones, y la parte contraria en aquella instancia protestò no responder a ellas, ni el testimonio del pleyto de los Espinosas, que en parte las justificaua, se vido por los señores que lo vieron en vltima remissiõ; y por autos de vista, y reuista se denegò el ponerlo, y añidirlo al memorial en aquella instancia. Con que sobre lo que no huuo conocimiento no pudo auer sentencia, argument. text. *in l si causa cognita, C. de transact.l.Iudices, C.de iudicijs, l.2. C. de sentent.ex peric.recit.l. ex stipulatione, C. de sent. & interlocut. cap.cum Bertoldus de re iudic.* probat Angel. *cons. 235.* Paul de Castro *cons.262.* Tusch. *pract. tom. 7.litt.S.conclus. 126.num.59.* D. Salgad. *de protect.Reg.p.4.c.9.n.8.& n.37.*

95 ¶ Quamuis plura contineantur in petitione solũmodo in sentencia continẽtur, ea de quibus plenè fuerit cognitum, nõ ea in quibus omissa fuerit cause cognitio, vt post Felinũ, & alios probat D. Salgad. *dict.num.8.idem, de supplic. ad santissim. 1.part. cap. 12. ex num.7.* & seqq. *& in labyrint.credit.part.3.cap. [illegible] num.98 & seqq.* Donde funda, que aun en las cosas que vienen en necessaria consequencia

de la ſentencia, y determinacion, ſi dellas no huuo conocimiento, no ſe entienden comprehendidas en lo tacito, y virtual de la miſma ſentencia, & proſequitur *de proteſt. Reg. part. 4. cap. 9. ex num.* 31 Noguerol *allegat.* 18. *num.* 50. *& allegat.* 27. *num.* 49. D. Caſtill. *controuerſ. tom.* 5. *cap.* 194. *ex num.* 14.

96 ¶ Lo tercero, porque en eſta inſtancia de reuiſta ſe deduxeron de nueuo, y ſe conteſtaron en la forma que ſe refiere, num. 67. & 8. & num. 88. Y aſsi ſe deuiò determinar ſobre ellas, concediendo, ò denegando la manutencion, y retencion por ellas de nueuo pedida, *l. de qua re, ff. de iudicijs, l. eos, l. ampliorem, C. de appellat.* feneciendo en eſta forma el juyzio, *l.* 1. *ff. de re iudicat.* ibi: *Quod vel abſolutione, vel condemnatione contingit, l. in hoc iudicio, ff. famil. herciſcund. l.* 3. *C. de ſent. & interlocut. l. qualem, §. dicere, ff. de recept. arbitris dicere autem ſententiam exiſtimamus eum, qui ea mente, quid pronuntiat, vt ſecundum id dicedere eos à tota controuerſia velit*, & ibi gloſ. verb. *a tota l.* 2. *in fin. titul.* 22 *part.* 3. Alex. *conſ.* 123. *lib.* 2. *num.* 1. Fulgoſ. *conſ.* 217. *num.* 2 plura cumulat Dom. D. Melchor de Valen. *libr.* 2. *tractat.* 1. *cap.* 15. *num.* 15. *& ſequentib.*

97 ¶ A lo menos ha de tener la ſentencia palabras que virtualmente contengan abſolucion, ò condenacion en lo que contiene la capacidad del juyzio, vt ex *l. hæredi* 19. *in princ. l. ſi legatario* 22. *§. fin. l. in teſtamento* 38. *ff. de fideicommiſ. libertat. l. exitus* 53. *ff. acquiren. poſſeſſ.* & alijs probat Dom. D. Melchor de Valencia *dict. cap.* 15. *num.* 18. *ad medium.*

98 ¶ Lo quarto, porque la reſerua que en quanto a las pretenſiones de eſta parte ſe haze en la ſentencia que ſe dize de reuiſta, quando eſtaua el pleyto concluſo para determinar ſobre ellas, y ſobre la dicha retencion, que por ellas le compete, no hizo ſentencia, ni causò determinacion, antes dexò la inſtancia, concluſion, y viſta del pleyto ſobre ellas en el eſtado que tenia antes de la dicha ſentencia, que eſte es el efecto de la dicha reſerua, *l. Bebius Marcelus, ff. de pact. dotal. l. item labeo, §. fin. ff. famil. herciſc.* vbi gloſ. *l. ſtipulatus*, verſ. *Verùm, de vſuris*, Paul. de Caſtro *conſ.* 311. *num.* 4. *vo'.* 1. Gratian. *diſcept. forenſ. cap.* 348. *num.* 8. *&* 9. *&* 456. *num.* 29. *& deciſ.* 114. *num.* 15. Caualcan. 2. *part. deciſ.* 32 *num.* 56. *in med.* verſ *Ergò ita*, Capicius Galeot. *libr.* 2. *controuerſ.* 6. *num.* 37. Noguer. *allegat.* 26. *n.* 338.

99 ¶ Nam vt ait Bart. *in l. ille à quo, §. ſi de teſtamento, ff. ad Senatus Conſult. Trebelian. reſeruatum non eſt ſublatũ, cum non intelligatur iudicatum*, D. Salgad. *de proteſt. Reg.* 4 *part. cap.* 7. *num.* 104. ibi: *Ius reſeruatum eſt excluſum à condemnatione, & ſententia.* Et infra: *Quod reſeruatio ſicut confirmat non reſeruatum, ita conſeruat intactum, quod eſt reſeruatum, ac ſi nulla extaret condemnatio.* Y que la manutencion, y retencion pedida por dichas detracciones, y adminiſtracion de juſticia en ellas en el juyzio poſſeſſorio fueſſen las pretenſiones deſta parte; ſobre que ſe deuiò

de

determinar, y no se determinò, si no se reseruò el derecho, es constã te por la inspeccion de la misma sentencia, y de los autos.

100 ¶ Lo vno, porque ninguna otra cosa auia que reseruar, ni sobre que pueda caer la reserua de pretensiones desta parte, si no la manutencion q̃ estaua pedida en ellas, aliàs verba sententiæ (quod absonum est dicere) superflua essent, & sine effectu, *l. 1. §. hæc verba, ff. quod quisque tuis, l. 3. in princ. ff. de iur. iurand.* cum alijs Barbos. *axiomat. 2 2 2 num.* 11.

101 ¶ Lo segundo, porque de la dinumeracion de las pretensiones determinadas, se reconoce quales se reseruaron, y dexaron de determinar. Porque pidiendo esta parte manutencion por la legitima que tocò al Conde don Alonso en los bienes de el Duque su abuelo, y por la legitima, y mejora de la Duquesa de Medina su abuela, y por las arras, por el credito de los Espinosas, por el debito de los 6ӯ. ducados, a q̃ se obligò el Duque en fauor del Cõde D. Rodrigo de quiẽ fue heredero el Cõde dõ Alõso, por los 20ӯ. ducados, de que tuuo facultad para disponer el dicho Conde don Rodrigo, solo se determinò en quanto a la legitima del Duque, y legitima, y mejora de la Duquesa, y en quanto a esto se mandò amparar, y manutener a esta parte, y en las demas pretensiones referidas, ni se diò, ni se denegò, si no se hizo la dicha reserua.

102 ¶ Sin que pueda impedir el que se diga de contrario que la reserua de manutencion es ordinaria, y de estilo, y no causa perjuyzio a lo determinado expressamente, ex *decis. Cornacani* 106. Noguerol. *allegat. 2. num.* 20. Y que la manutencion dada a esta parte al respeto de 16. quentos 788ӯ572. marauedis, no fue con determinacion a las legitimas de el Duque, y Duquesa, y mejora de dicha Duquesa, si no de todos los creditos desta parte.

103 ¶ Porque se satisfaze.

104 ¶ Lo vno, que en dicha sentencia ay dos reseruas diferentes. La primera, que mira a la naturaleza del juyzio que determina, que como despues diremos en quanto a los derechos en que dà a las partes manutencion, determina, no solo el juyzio sumarissimo de manutencion (en que estaua el articulo concluso) si no el possessorio plenario, en que no auia contestacion, ni conocimiento de causa, antes protesta de no responder a el, y en esta forma reserua en lo mismo que determina el derecho a las partes para que siguan su justicia en la propiedad que es reserua, que virtualmente se comprehende en la determinacion del juyzio possessorio plenario, la qual no obsta ad agendũ super propietate, *l. & an eandem in fin. ff. de rei iudicatæ*, ibi: *Si quis de interdicto egerit de possessione postea in rẽ agens nõ repelitur per exemptionem, quoniam in interdicto possessio in actione proprietas vertitur, l. vnic. C. si de moment. possess.* Garcia *de nobil. glos. 8. in princ. & glos. 42. & glos. 36.* Paz *de tenut. c. 4. n. 16.* D. Mol. *lib. 3. c. 13. n. 22.*

105 ¶ Ay otra segunda reserua, independiente, y separada de la primera, en que se reseruan a esta parte, *contra el Conde de Talarà, y a el Conde contra esta parte su derecho a saluo en razon de sus pretẽsiones*, en que no se dize, ni haze reserua en lo mismo que se determina para otro juyzio diferẽte, como se cõtiene en la primera reserua de juyzio de propiedad, sino otra reserua de pretẽsiones, que mira a las mismas cosas, y acciones, y causas por esta parte deduzidas, y no determinadas, cõseruando a esta parte en la dicha reserua sus derechos, q̃ enlas mismas pretẽsiones le cõpeten, y el de manutenciõ, y retenciõ, que està fundado en el articulo primero, y q̃ era el deduzido, y la singular, y vnica pretension, en q̃ se deuiò deter terminar, que es la reserua deque habla la *l. Bebius, de pactis dotalibus*, illis verbis: *Nulla ex hac sententia facta derogatione fideicommissi petitioni*, per quem textum, ita communiter tenent Doctores citati, supra *n.*98.& 99.& sunt in argumẽtum iura, in *l. si debitor*, §. *in venditione, ff. quibus modis pign. vel hipotheca soluitur*, ibi: *In salua causa pignoris sui*, glos. in *l. item labeo*, § *sed si iure, ff. famil. herciscund. l. idem fit, ff. de testament. tutel.* ibi: *Sine vllo litis præiudicio, l. penulti ff. de aqua quotid. & æstiua*, Oldrad. *cons.*6. Aymon *cons.*24.*n.*8.

106 ¶ Por manera, que si la primera reserua se hizo del juyzio de la propiedad a fauor desta parte, en los derechos que determinò a fauor del Conde de Talara, en lo que miraua al tercio del Duque, que se pretendia ser vinculado por su parte, y a fauor de la contraria en la manutencion de las dos partidas de legitimas de los abuelos del Conde don Alonso, y tercio que dexò la Duquesa su abuela. Hizo otra segunda reserua en lo que no determinò, dexando el derecho a saluo a esta parte, para que pida como està insistiendo en que se determine sobre la manutencion de sus detracciones: pues este es el efecto de la reserua, vt ait Caualcanus *2. part. decis.* 32. *num.* 53 *circa medium*, ibi: *Et sic non legitur, quod condemnauit, sed reseruauit iura, & qui iura reseruat, non iudicat, neque condemnat, vt est omnibus notum, sed solum ius conseruat, non autem tribuit, dict. l. si stipulatus*, versic. *Verum, ff. de vsuris*, Riminald. Senior *cons.* 772. *num.* 61. & melius ad rem nostram, *cons.* 737. *num.* 5. *& 6. vo*-4. & vt ait Angelus *in l. fin. C. de edict. Diui Adriani, col. penult. reseruatio iurium facit continuari idem iudicium*, Barbos. *axiomat.* 139. *numer.* 11.

107 ¶ Lo otro, porque la *decis. de Cornazano* no es contraria a nuestro intento, porque habla en caso que el remedio que se intenta en virtud de la reserua, està vencido en la misma sentencia, y por la misma causa en que contiene condenacion, ò absolucion, y assi es contraria la reserua a la determinacion, vt in exemplo apposito per Garciam, *de nobilitat. gloss.* 36. *in fin.* Donde en la sentencia de propriedad, se reseruò la misma propriedad, &

 glos.

glos 42 per totam. Pero no se entiende quando la reserua contiene otra causa, aunque sobre los mismos bienes, y otra acciõ, y remedio originado de causa, que no se determinò, si no se reseruò en ella el derecho a las partes; que en este caso aunque sea vencida la parte en juyzio possessorio, puede en virtud de la reserua, y por las causas, y derechos reseruados, proseguir, ò intentar el remedio possessorio, vt ad explicationem dictæ *decis.* eleganter prosequitur Noguerol *allegat.* 25. *num.* 143. *& plurib. seqq.* & conducunt quæ dicemus infra à num.

108 ¶ Lo otro, porque la diuision de cantidades que cõtiene la sentencia de reuista, explica con toda claridad que pretensiones fueron las determinadas, quales reseruadas, y omitidas, porque ampara a esta parte al respeto de 16. quentos 788U572. marauedis, y a la parte contraria en 31. quentos 384U529. marauedis, que dize la sentẽcia se adjudicarõ a don Alonso de Guzman, segũdo Conde de Saltes en las particiones, cuyo testimonio està en los autos. Por manera, que dichas adjudicaciones, y manutencion, en ellas fueron correspectiuas, y correlatiuas de las dichas particiones, y adjudicaciones en ellas hechas, *cum relatum sit in referẽte cum omnibus suis qualitatibus*, argument. text in *l. asse toto, ff. de hæred. instit. l. talis institutio*, 10. *ff. de condition. inst. l. si ita scripsero* 38. *ff. de condition. & demonstrat. l.* 1. *§. si quis sub conditione, ff. vt legat. & fideicomm. nomine caueatur*, ibi: *Huic stipulationi easdem causas, & conditiones inesse certum est*, Bartolus *in l.* 1. *ff. de receptatoribus*, Decius *cons.* 292 *num.* 2. Natta *cons.* 676. *num.* 8. *vol.* 4. Surd. *cons.* 407. *num.* 46. *lib.* 3. Ant. Faber *de error. pragmat. decad.* 39. *errore* 4. *nu.* 4. *in fin.* Gut. *pract. qq. lib.* 3. *q.* 15. *num.* 41. Ceuall. *comm. contra comm. tom.* 4. *q.* 905. *n.* 13. *&* 14.

109 ¶ Y visto el testimonio de las dichas particiones, adjudica al Cõde 48. quentos 173U101. marauedis en esta forma por las dos legitimas del Duque, y Duquesa sus abuelos 13. quentos 839U481. marauedis: por la mejora de la Duquesa 2. quentos 949U091. marauedis, que ambas partidas montan 16. quentos 788U572. marauedis, y por esta cantidad, que se compone de dichas partidas en dicha particion, se manda amparar a esta parte, y por 31. quentos 839U481. marauedis que se adjudicò al tercio del dicho Duque, se mandò amparar a la parte contraria, y por el titulo de Conde de Saltes a parte, con q̃ por necessaria consequencia, y euidente comprouacion se ajusta, que en las detracciones enque entraua el Conde don Alonso, y su madre, como acreedores hipotecarios, en virtud de las capitulaciones, no huuo determinacion, si no que en ellas hablò la reserua de pretensiones à sufficienti partium enumeratione.

110 ¶ Lo otro, porque si se huuiesse hecho consideracion en los dichos 16. quentos 788U573. marauedis, que se adju-

dicaron a esta parte de los derechos deduzidos, y creditos hipotecarios, era preciso, que mirassen correspectiuamente el tercio, y prorrata se baxassen del, por manera, que no pudiera ampararse en los 31. quentos, y tantos mil marauedis, por razon de tercio a la parte cõtraria, ni menos a esta parte en los 16. quentos solos, conforme a lo dispuesto en la *ley 21. de Toro*, de qua diximus, num. 67. & sequentib.

111 ¶ Por manera, que reseruadas dichas pretensiones, y no auiendo sentencia, y determinaciõ en ellas, este es nueuo aditamento suplicable, y que no causa conformidad, ni duplica el numero de las determaniciones, quando en la primera sentencia no huuo la dicha reserua, y agora de nueuo se ofrece a la consideracion, y al juyzio en la sentencia de reuista, ita Alex. *cons. 75. in princ. & per tot. lib. 7.* Tuschus *tom. 1. practic. conclus. litt. A. conclus. 172.* Socinus Iunior *cons. 67. num. 19. & seqq. lib. 1.* D. Salgad. *de protect. Regia 3 part. cap. 16. num. 43.* Guazzin. *de defens. Reor. defens. 37 cap. 2. nu. 6.* ibi: *Idemque erit quando ambæ sententiæ condemnant in eamdem rem, vel summam, sed vltima reseruat iura, quæ in prima non reseruantur, quia non dicuntur conformes.*

112 ¶ Lo quinto, y que se pondera por vno de los fundamentos principales, es, que para reconocer quando son las dos sentencias de vista, y reuista conformes, ò contiene la de reuista nueuo aditamento suplicable, se deue atender a el concurso de las tres idẽtidades de cosa, persona, y causa, porq̃ si la persona, ò la cosa, ò la causa que dirige ambas sentencias en algo son diferentes, esta diferencia las haze diformes. Y la segunda no haze numero con la primera, si no que se tiene por primera en lo que difiere de la persona, ò cosa, ò causa en la primera contenida, y no basta que en alguna destas cosas sean conformes, porque es necessario que la conformidad sea en todas, *l. cum quæritur, cum sequenti, ff. de except. rei iudicatæ, l. & an eadem*, ibi: *Et an eandem causa petendi, & eadem conditio personarum, quæ nisi omnia concurrant alia res est, l. cum de hoc 27. ff. eodem*, ibi: *Cum de hoc an eadem res est quæritur, hæc spectanda sunt personæ id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis*, Giurba *decis. 20. num. 1.* post alios D. Rea *decis. 77. num. 10.* D. Salgad. *de protect. Regia 4. part. cap. 12. num. 73.* Scaccia *de appellat quæst. 11. num. 29.* vers. *Sub declara hanc declaratio nem, & de re iudicat. glos. 14. quæst. 2. num. 9.* Surd. *cons. 114. num. 21. lib. 1.* Noguerol *allegat. 25. num. 136.*

113 ¶ Y las dos sentencias deste pleyto no contienen estas identidades, porque notoriamente consta por los autos que la instancia de reuista contiene otra nueua causa, que no se contestò en la instancia primera de las detracciones, y derechos de acreedora, y hipotecaria, que a esta parte competen, y consiguientemẽte tambiẽ huuo diuersidad en las personas, por q̃ vna misma repre

senta

senta por diferentes respetos diferentes personas, *l. si pater*, §. *si duo*, vbi glos. &Bald. *ff. de adoptionibus, l. tutorem, ff. de his quibus, vt indignis*, y vencida por vna representacion, no se entiende vencida por otra diferente no deduzida, copiosè D. Salgad. *de protect. Reg. p. 4. c. 8. à num. 265. cum seqq.*

114 ¶ A que no obsta la ponderacion que de contrario se hizo en los Estrados, diziendo: Que las detracciones (excepto el credito de las arras) las pretendia esta parte, como heredera del Conde don Alonso, y que assi en el pedimento general que hizo ante la justicia de Mondejar, pidiendo la possessión de los bienes que quedaron por muerte del dicho Conde su hijo, como su heredera, se comprehendieron, y sobre ellas huuo sentencia de vista, y de reuista, a que conduze el texto in *l. si quis cum totum*, §. *& generaliter, ff. de exceptione rei iudicatæ*, ibi: *Et ideò si hæreditate petita singulas res petat, & singulis rebus petitis hæreditatem petat, exceptione summobebitur*, & ibi Gotofre. *lit. A. Hæreditatis verbo singula corpora, & actiones hæreditariæ comprehenduntur, etenim nihil aliud vniuersale quã res singulares simul collectæ*, Donell. *comentar. lib. 22. cap. 5.* fol. mihi 578. vers. *Eadem definitio in fin.*

115 ¶ Satisfit enim pluribus modis.

116 ¶ Tunc primo, porque aunque el pedimento fuesse comprehensiuo de las detracciones en el titulo general de heredero, no basta para que se entendiessen comprehendidos en la primera sentencia lo comprehensiuo del pedimento, sino se substanció, y huuo conocimiento de causa sobre ellas, text. *in l. quoties, C. de iudicijs*. Donde en el pedimento general, y cõprehensiuo de muchas cosas, solo se entienden determinadas aquellas en que huuo conocimiẽto de causa, &ex his sumitur interpretatio ad ea, quæ in sententia deciduntur, Seraphinus *decis.* 179 *&* 354. *nu.* 18. *&* 640. *numer.* 18. *tom.* 1. & quod sententia refertur ad causam, quæ colligitur ex actis, Bart. *in l. Iulianus verũ debitorem, col.* 4. vers. *Prædicta verò, ff. de condict. indebiti*, Surdus *cons.* 312. *num.* 16. *lib.* 3. Guazzin. *de defens. Reor. defens.* 2. *cap.* 7. *num.* 11.

117 ¶ Y quando la sentencia no contiene causa expressa, se deue ajustar la determinacion a la causa que resulta de los autos, y q̃ se substanció, y prosiguiò en ellos, *glos.* notabilis, *in l. si quis ad exhibendum, ff. de except. rei iudicatæ*, Surdus vbi supr. *num.* 16. Capicius Galeota *allegat.* 34. *num.* 1. *ad* 6. Castillo *decis. Ciciliæ* 61. *num.* 12. D. Salgad. *de protect. Reg. p.* 4. *cap.* 9. *n.* 34. *cum seqq.* Tusch. *tom.* 7. *lit. S. & conclus.* 131. *num.* 1. *&* 5. *&* 6. *& seqq.* Noguerol *allegat.* 18. *num.* 50. *& allegat.* 27. *num.* 49. vbi fere in similibus terminis.

118 ¶ Y supuesto que es notorio auerse deduzido las detracciones a tiempo que ya estaua visto el pleyto, y que en quanto al credito de los Espinosas, que es vna dellas, no se permitiò se añi-

dieſſe al memorial el teſtimonio que la juſtificaua, ni lo vieron todos los ſeñores Iuezes que lo determinaron en viſta, y la parte contraria proteſtò no reſponder, patet manifeſtè, que ſobre ellas no huuo primera ſentencia, vnde Socinus *conſ. 255. num. 6. vol. 2.* & poſt eum Noguerol *allegat. 25. num. 140. Neceſſum* (inquit) *eſt ad hoc, vt res iudicata obſtet, quod non ſolum ex parte actoris, ſed etiam ex parte iudicis cognoſcatur de omnibus deductis in iudicio plenè, & pronuntietur ſuper eis alias, ſi aliquid omiſſum eſt, non obſtat res iudicata.*

119 ¶ Tùnc ſecundo, porque la *ley ſi quis cum totum, §. & generaliter*, habla en peticion de herencia, ibi: *Ideò ſi hæreditate petita*, que mira a juyzio petitorio, y de propiedad, y dominio, en que el pedimento general, omnes cauſas comprehendit. Porque el dominio no puede conſeguirſe, ni entenderſe por muchas cauſas, y aunque ſe aleguen muchas, vna ſola puede ſer titulo, y cauſa que juſtifique el pedimento, pero el juyzio poſſeſſorio, ſe puede juſtificar por muchas cauſas diferentes, y quando en vna quede vencida la poſſeſsion; ſe puede la parte valer de otra para la miſma poſſeſsion, y manutencion, como en terminos de nueſtro pleyto lo determina el Iuriſconſulto en la *ley poſſideri 3. §. ex pluribus, ff. de adquirend. poſſeſſ.* donde el heredero puede pretender la poſſeſsion por el titulo hereditario, y ſi en eſte no tiene baſtante fundamento para ſer amparado en la poſſeſsion, ſe puede valer del titulo, pro emptore, ò otro ſemejante que competia a ſu Autor, de quien es herederо, ſin que eſtas poſſeſsiones, y titulos de ellas ſe confundan entre ſi, ni ſe impidan vnas a otras, & proſequitur textus, *ex pluribus cauſis poſſidere eandem rem poſſumus, vt quidam putant, & eum qui vſuceperit, & pro emptore, & pro ſuo poſſidere, ſic enim, & ſi ei qui pro emptore poſſidebat hæres, ſim eandem rem, & pro hærede, & pro emptore poſſideo; nec enim ſicut dominium, non poteſt, niſi ex vna cauſa contingere, ita, & poſſidere, ex vna duntaxat cauſa poſſumus, l. non vt ex pluribus 159. ff. de reg. iur.* & ibi Gotofredus *lit. O.* Alex. *dict. §. ex pluribus, n. 4. cũ ſeqq.* Iaſſon *num. 12. & 13.* Aretinus *num. 20.* Poſtius *poſt tract. de manutent. deciſ. 57. num. 2. & deciſ. 225. num. 7.*

120 ¶ Y quando en la manutencion compiten el heredero, por el edicto de Diuo Adriano, y el fideicomiſſario por ſu llamamiento del miſmo teſtamento, ò de titulo anterior, ſi el heredero por eſte titulo ſolo ſe halla vencido, ſe puede valer del titulo de acreedor antetior ſuyo, ò de ſu Autor para vencer en la poſſeſsion al tercero, vt diximus *num. 34.* y al que ſe halla heredero, y acreedor, vencido por titulo de heredero le queda el ſumariſsimo remedio de el Salviano interdicto, como acreedor hipotecario, quod generaliter competit hipotecarijs creditoribus, *leg. 1. ff. de Saluian. interdicto*, ibi: *Etiam cuilibet creditori*, poſt Angelum Aretinus *in §. idem ſeruiana, num. 6. Inſt. de interdictis*, Neguſant. *de pignoribus,*

part.8.membr.1.num.6.& membr.3 num.9. Rippa *in Rubric.de pignoribus,num.19* Roland.à Valle *conf.14.vol.1.* per totum Menoch. *de adipiscend.rem.3.à num.17* Dom. Salgad. *3.part.de protect.Reg.cap.12. numer.46.*

121 ¶ Et creditori possidẽti cõpetit ex hoc titulo manutentio, Bocat. *de interdicto vti possidetis,c.2.nu.61.* Paciphicus *de Saluian.interdict.decis.29 num.1.& decis.209.in princip.* Postius *de manutent.obseruat.12.num.14.*& post D.tractatum *decis.129.n.2.& 497. num.1 & 159.in princ.& 521.num.13.*

122 ¶ Y aunque huuiesse entrado en la possession, vitiose, & nulliter, hallandose acreedor hipotecario, le compete retencion por la hipoteca (q̃ es remedio distinto, y de diferente causa q̃ el titulo nudo de heredero) Cancer. *variar.lib.1.cap.7.num.84.* per glosam *in l.fundus,qui Lucij,ff.de rescindend.vendit,* quam notat Bald. ibi & Decius *conf.449.num.21.* Galesius *de obligat.Camerali,quæst.37. num.32.* Thomas *decis.Marchiæ 115.num.14.* Anna *allegat.80.nu.9. & 10.& allegat.22.num.4.* & ibi eius filius additionatur Gratian. *tom.1.allegat.forens.cap.16.num.30.* Roland. *conf.5.num.7.vol.2.* Surdo *decis 46.ad finem.*

123 ¶ Y esta retencion no se contenta con parte, sino requiere ser de todos los bienes hipotecados por la causa de indiuisibilidad, quam notauimus, nu. [illegible] *ex l.quãdiu, l.creditoris, ff.de distract.pignor.l.Moschis,ff.de iure fisci,* Costa *de portione ratæ,q.58.num.6.* Surdus *decis.44.num.6.& 7.*

124 ¶ Y assi es constante, que vencido el posseedor por vn titulo en la manutencion puede por otro diferente conseruarse en ella, y insistir en la misma manutencion, quia qui ex vno titulo, causam amittit, ex alio potest prosequi, vel de nouo agere, Felinus *in cap.in nostra, numer.2.de rescript.* Cancer. *lib.3.cap.3.numer.295.* Dom. Salgad. *de Reg.protect.part.4.cap.8.numer.294. & sequentib.* Posth. *de manutent.obseruat.1.per totum,* Noguerol *allegat. 16.num.114.& 115.*

125 ¶ Y quando competen dos remedios, nacidos de vn mismo principio la cosa juzgada en vno, no causa excepcion, ni perjuyzio al dicho titulo, no determinado, vt prosequitur D. Salgad. *part.4.cap.3.num.203.vsque ad 209.* Noguerol *allegat.25.num. 141.& num.146.* vbi in pulchro casu, & tenuta, ex vna causa intentata potest, prosequi ex alia etiam, si de nouo superueniat, vt diximus, *num.63.*

126 ¶ Y vltimamente la dificultad propuesta, no lo es para el articulo de oy, porque dexada a parte la detraccion de las arras, en que entra esta parte por credito propio, aunque estuuiessen determinadas las detracciones que compèten a esta parte, como heredera de su hijo, acreedor que es anterior a la parte con-

traria en la sentencia de vista, y por ellas se huuiesse dado generalmente en todos los bienes el amparo a esta parte, todavia la sentencia de reuista que reseruò estas pretensiones, y no determinò sobre ellas, no puede ser sentencia de reuista, respeto de esta primera, vt diximus *num.* 111.

127 ¶ Por manera, que siendo las causas de las dos instancias el remedio de las detracciones, y retencion, substanciado en la instancia de reuista. Causa diferente, y de remedio superior, auiendo esta diferencia de causas, falta la identidad, y consiguientemente en la nueua causa, no ay segunda sentencia, ni determinacion de reuista, *dict. l. & an eadem*, ibi: *Et eadem causa petendi. ff. de except. rei iudicatæ.*

128 ¶ Sin q̃ sea admissible en el juyzio de Iuriscõsultos, hazer põderaciõ, en q̃ los mismos bienes de q̃ se diò manutenciõ a esta parte, y sobre q̃ se litigò en primera instãcia, son los q̃ se distribuyã en la sentẽcia de reuista, porq̃ para la cõformidad delas sentẽcias, no basta esta idẽtidad material, puesto q̃ la principal sea la causa de pedir, y en esta aya, como se ha fundado la diuersidad de titulos tã notoria en las dos instãcias. Y q̃ aunq̃ aya vna, ò dos identidades, no siendo las tres que se ponderan *n.* 112. con qualquiera que falte, *alia res est*, vt diximus dict. *num.* 112.

129 ¶ Ni menos es aplicable de contrario el caso deste pleyto, si no en su fauor el exemplar que a la vista se truxo del, que en la primera instancia pidiò principal, y costas, y no auiendo hecho mencion de las costas en las dos instancias, en la vltima huuo condenacion en ellas, y sin embargo se pretẽdiò fundar que la sentencia de reuista no era suplicable en quanto a estas, ex Thesauro *decis.* 126. *num.* 6 Cancer. *variar.* 3. *tom. cap.* 17. *num.* 321. Fontanel. *de pactis nuptialibus, claus.* 4. *glos.* 18. *part.* 4. *num.* 119. ibi: *Sufficit ergò, quod in principali sint sententiæ conformes licet diferant in accessoris, vt non debeat per consequens posse suplicari.*

130 ¶ Porque la sentencia contraria es la recibida, y corriente, Philipus Franchus *in cap. dilectæ, sub num.* 5. vers. *Tertia conclusio, de appellat.* Decius *in cap. sua nobis, num.* 20. *eod. tit.* Marant. *de ordinament. iudicior.* 3. *part. tit. de appellat. num.* 281. quos & alios refert, & sequitur D. Salgad. *de Regia protect.* 3. *part. cap.* 16. *num.* 53. Corneus *cons.* 49. *libr.* 2. *num.* 7. Iuan Garcia *de expens. cap.* 4. *num.* 17. idem D. Salgad. *part.* 4. *cap.* 7. *à num.* 78.

131 ¶ Y la razon es, porque lo omitido en la sentencia, no se tiene por determinado, *l. quod in diem, §. si rationem, ff. de compensat.* ibi: *Si rationem compensationis iudex, non habuerit salua manet petitio, neque enim rei iudicatæ exceptio obici potest; aliud dicam si reprobaberit compensationem*, Bald. *in l.* 1. *C. si aduersus rem iudicatam*, Felinus *in cap. cum inter de re iudic. num.* 2. D. Salg. *de Reg. protect. part.* 4. *cap.* 8. *num.* 22.

132 ¶ Tunc tertio, porque aũque subsistiera la sentencia contraria era por la razon especial, de que las costas son accessorias al principal, y vencido lo principal sigue su naturaleza, y fortuna lo accessorio, ex Reg. *cum principalis, ff. de Reg. iuris*, cum similibus Fontan. vbi supra.

133 ¶ Pero en este pleyto el remedio de retencion, y de manutencion, no es accessorio, sed ęque principale, imò principalius, & ęquius, como se funda, num. 23 y assi vencido el singular, y simple titulo de heredero, no queda vencido el titulo superior de acreedor hipotecario, vt dixi à num. 34

134 ¶ Lo sexto, y que se ponderò a la vista por eficaz, y concluyente fundamento, es, que conforme a el hecho deste pleyto la sentẽcia de vista fuè solo en el juyzio sumarissimo de manutẽcion, assi porque estaua concluso en quanto a esto solo, y protestado no responder a el juyzio possessorio plenario, argument. text. *in cap. pastoralis de caus. possess. & proprietat. Clement. 2. eodem tit.* como por que la parte contraria auia formado articulo, sobre que esta parte respondiesse a el juyzio possessorio plenario, y de propiedad, y por esta parte estaua contradicho, y a vn mismo tiempo se concluyò, y vido el articulo de manutencion, y sobre si se auia de responder a el juyzio possessorio plenario, y de propiedad, y en vn mismo dia saliò la sentencia de manutencion, en fauor desta parte, y el auto para que respondiesse a el juyzio possessorio plenario, y de propiedad.

135 ¶ Con que por necessaria consequencia se supone que la dicha sentencia no fue determinacion en juyzio possessorio plenario, en que eran necessarias las solemnidades de juyzio ordinario, y que la instancia se huuiesse substanciado con ellas, D. Couarr. *pract. cap. 17. à num. 4.* Fontanel. *de pact. nupt. claus. 7. glos. 3. p. 10. à num. 14. vsque ad 18.* Ioseph. Ludouisius *decis. perus. 20. nu. 4.* & de diuersitate vtriusque iudicij, D. Salg. *de protect. Reg. p. 3. c. 12. à num. 3. vsque ad num. 10.*

136 ¶ Y solo se determinò la manutencion, y el juyzio sumarissimo, en que se reserua por naturaleza del mismo juyzio el possessorio plenario, y de propiedad, vt ex formula huius interdicti, refert D. Couarr. *vbi supr. num. 2.* vers. *Primum ex his.* Capic. *decis. 55. in fin. & decis. 89. num. 11.* Gutierr. *Canon. quæst. lib. 1. quæst. 34. num. 107.*

137 ¶ Y aunque al tiempo que se pronunciò la sentencia, que se dize de reuista, no estaua en estado el pleyto para responder a el juyzio possessorio plenario, porque estaua suplicado del auto, en que se mandò responder a el, y protestado que no corriesse termino, y assi el auer determinado en el juyzio possessorio plenario, ha sido sin instancia ordinaria, y sin defensa de la par-

te en este juyzio contra regulam, text. in *cap. 1. de cauf. possess. & proprietatis*, Marant. *de ordin. iudicior. part. 4. dist. 16. à num. 10.* Menoch. *de arbitrar. lib. 1. quæst. 17. num. 5.* cum multis quos congerit Barbos. *in dict. cap. 1. num. 7.*

138 ¶ Y mirada la sentencia de reuista, que en quanto a lo que determina, solo se reserua el derecho de propiedad, y en el auto a parte que saliò el mismo dia de la publicacion de dicha sentencia, en que se confirmò el auto de vista, con que se entienda: *Que el responder esta parte sea en la propiedad deduzida por la parte contraria*, se reconoce, que la dicha sentencia determinò el juyzio possessorio plenario, en el qual solo se reserua a las partes en lo que se determina el derecho de la propiedad, vt diximus, *num.* 140. y en terminos lo siente Posthio *post tract. de manutent. decis. 562. numer. 8.*

139 ¶ De que resulta por necessaria consequencia, que toda la sentencia que se dize de reuista es suplicable, porque si se mira a las dichas detracciones, todo el derecho dellas està reseruado, y no determinado, ni vencido, y si se mira a lo demas que se determinò por ambas sentencias, y aun (caso negado) q̃ en ambas sentencias huuiesse determinacion sobre las detracciones. La primera fue en el Juyzio sumarissimo de manutencion, que es incompatible, y diferente del juyzio possessorio plenario en que determinò la segunda, que no pueden tener cumulacion, especialmente quando la parte se assegura cõ la protesta de no respõder a el juyzio possessorio plenario, y de propiedad, Cæssar Barcius *decis. 46. sub num. 1.* Neuisant. *cons. 80. num. 8. in fin.* copiose Posth. *de manutent. obseruat. 7. à num. 1.* cum multis seqq. vbi pluribus ampliationibus hanc conclusionem illustrat.

140 ¶ Y en especial dize, *num. 21.* que con la protesta de no responder a el juyzio possessorio plenario, se atan, y ligan las manos judiciales, para no poder determinar mas que el remedio sumarissimo, y que lo que se hiziere en contrario serà nulla, ibi: *Et antequam pronuntietur in manutencione habet iudex per suspensionem, seu exceptionem ordinis ligatas manus, itaut in petitorio, seu ordinario possessorio, & negotio principali, & alio remedio ex aduerso intentato se intromittere non possit, nisi manutentione, & possessorio ex pedito*, & ad id refert plures decisiones Rotæ. Et infra: *Alias procederet, sine iurisdictione, & nulliter.* Et infra: *Et tanquam persona pribata.* Et prosequitur: *Nec pronuntiando posset immutare iuris ordinem, & intrincando facere possessorium de mero mixtum.*

141 ¶ Y como diuersos juyzios; la sentencia del sumarissimo de manutencion, no constituye numero para la sentencia del possessorio plenario, y no se dize vna respeto de otra, primera, ni segunda, Rota recentior *decis. 102 num. 7. part. 5.* Posth. *de manunutent. obseruat. 6. num. 36. in vltima impressione.* Y siempre que ay de-

terminacion en el ſumariſsimo, ſe entiende reſeruado el juyzio poſſeſſorio plenario, y de propiedad, como juyzios diferentes, y diſtintos, vt poſt Bald. Alex. Speculat. Innocent. & alios probat Plotus *in l. ſi quando, C. vnde vi, num.* 106. Ioſepho Ludouiſ. *deciſ. Peruſ.* 20. *numer.* 4. Franch. Nigr. Ciriac. *controuerſ.* 366. *n.* 13. *to.* 3.

142 ¶ Ni lo juzgado en el juyzio ſumariſsimo obra excepcion de coſa juzgada para el juyzio plenario, *l. à Diuo Pio, §. ſi ſuper rebus, ff. de re iudicat. l. pen. ff. de his qui ſunt ſui vel alien. iur. l. à liberis, §. ſi vel parens, ff. lib. agnoſ. l.* 3. *§. cauſæ cognitio, ff. de Carbonia. edict. l. ſi autē, §. ſi quocumque, ff. de neg. geſt.* Fachin. *controuerſ. illuſtr. lib.* 10. *cap.* 80. Iaſſ. *in dict. l. à Diuo Pio, § ſi ſuper, num.* 5. Bartol. *in l. qui Romæ* 122. *§. duo fratres, num.* 7. *in princ. ff. de verb. obligat. deciſ. Genuenſ.* 3. *num.* 5. D. Præſes Valenç. Velazq. *conſ.* 121. *num.* 106.

143 ¶ De que ſe ſigue por neceſſaria conſequencia, que ſobre la nulidad que contiene la ſentencia de reuiſta en auer determinado juyzio poſſeſſorio plenario, que no eſtaua conteſtado, de qualquiera forma es primiera ſentencia ſuplicable.

144 ¶ Añadeſe a eſte diſcurſo que la ſentencia de viſta por ſer en el ~~juizio~~ ſumariſsimo de manutencion es ſentencia interlocutoria, y que la ſentencia de reuiſta en forma de juyzio poſſeſſorio plenario, es difinitiua, Caſtrenſ. *conſ.* 3. *num.* 3. verſ. *Pronuntiabo autem, vol.* 2. Menoch. *de retinend. poſſeſ. remedio vlt. nu.* 46. Ioſeph. Ludouiſ. *vbi ſupr. num.* 8. Niger. *dict. controuerſ. num.* 6. cum alijs Fachineus *controuerſ. lib.* 3. *cap.* 18. D. Couarr. *pract. cap.* 17. *à nu.* 2. Cancer. *variar. tom.* 3. *cap.* 14. *de manutent. num.* 13. Iuan Gutierr. *Canon. qq. lib.* 1. *cap.* 34. *n.* 107. Franc. Becius *conſ.* 21. *n.* 10. *lib.* 1.

145 ¶ Y no importa que la ſentencia de viſta diga: *Y por eſta nueſtra ſentencia difinitiua, juzgando, &c.* ò otras clauſulas de eſtilo. Por que eſta clauſula no muda la naturaleza de la ſentencia en lo ſubſtancial, que determina, y forma de la inſtancia ſumaria, por que a eſto ſe ha de atender para reconocer ſi es la ſentencia difinitiua, ò interlocutoria, Felinus, *in cap. ſignificante, num.* 6. verſ. *Similiter, de reſcriptis.* Donde en propios terminos dize, que aunque la ſentencia diga: *Pronũciamos en difinitiua, ò por eſta nueſtra ſentencia difinitiua.* Si la ſubſtancia, y forma de lo determinado, es interlocutorio, ò de interim, la ſentencia es Realmente interlocutoria, ſequitur Crauet. *conſ.* 186. *n.* 5. Magonio *deciſ. Lucenſ.* 18. *num.* 28. *& ſeqq. & ex deciſ. Rotæ,* Poſt. *de manutent. deciſ.* 439. *nu.* 21. vſque ad finem, vbi *num.* 22. inquit: *Quod ſubſtantia, & natura iudicij, non autem conextura verborum inſpici debet.*

146 ¶ Y viſta la ſubſtancia de ambas ſentencias, ſe reconoce notoriamente que la primera ſentencia fue interlocutoria, porque en ella ſolo ſe determinò el articulo que es interlocutorio: la inſtancia ſe ſubſtanciò ſumariamente; en ella quedò reſeruado,

ê intacto

e intacto el juyzio possessorio plenario, y de propiedad, y se mandò responder a ambos juyzios, como no determinados en el articulo sumarissimo prejudicial, y preparatorio de el interim, y aora en esta instancia se reserua solo la propriedad, y solo se manda responder a ella, suponiendo vencido en esta instancia el juyzio possessorio plenario, en que el conocimiento, y determinacion es difinitiua.

147 ¶ Y dos sentencias, vna interlocutoria, y otra difinitiua, no constituyen dos sentencias cõformes, ni numero gradual de vista, y reuista, Corneus *cons.* 14 *num.* 8. & *cons.* 38. *num.* 4. *libr.* 4. Craueta *cons.* 183. *in fin.* Cephal. *cons.* 209. *num.* 11. Tuschus *lit. S. cõclus.* 172. *num.* 31. Sebast. Guazzin. *de defens. Reor. defens.* 37. *cap.* 2. *numer.* 5.

136 ¶ Lo septimo, y que viene en consequencia de la razon antecedente, es que auiendo pronunciado la sentencia de reuista, en que se determinò el juyzio possessorio plenario, como se ha fundado en esta sentencia, no tuuo instancia de semejante juyzio, porque para ello, demas de que auia de ser citada esta parte, y determinada primero la suplicacion de el auto, en que se mandò responder al dicho juyzio possessorio plenario, no huuo instancia ordinaria, ni cõtestacion, ni el pleyto se recibiò a prueua, ni se hizo publicacion, ni dixo de bien bien prouado, ni se obseruaron las demas solemnidades de el orden judicial, que corresponde al dicho juyzio ordinario possessorio de quibus Doctores, suprà citati num. 135

149 ¶ Sin que obste el dezir, que contra sentencia de reuista no se puede alegar nulidad por especial prouidencia de la *ley* 4. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recopil.* porque esta ley no suple, ni disimula, y ni impide el alegar la nulidad que resulta de auer pronunciado sentẽcia sin instancia, ni orden judicial correspondiente a la naturaleza del juyyio, en que la dicha sentencia se pronuncia.

150 ¶ Y aunque la grandeza de el Tribunal no admita escrupulosas objecciones contra sus sentencias, *l.* 22. *tit.* 4. cum sequentib. *lib.* 2. *Recop.* esto se entiende quando en el orden judicial no ha auido defeto alguno, antes pleno conocimiento de causa, pero la dicha ley no suple los defectos de la forma, y orden substãcial de la instancia de juyzio ordinario, nam vt ait Sigismundus, Scaccia *iudicijs, lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 290. ibi: *Sicut domus non potest consistere in aere sine fundamento, & filius non potest dari, nisi sit genitus, ita nec sententia potest consistere, sine terminis substantialibus iudicij, & sine actis, quia termini, & acta sunt bases, & fundamenta sententiæ,* D. Salgad. *de protect. Reg. part.* 3. *cap.* 9. *n.* 31. & *part.* 4. *cap.* 13. *num.* 12. & in terminis Gutierrez *pract. lib.* 3. *quæst.* 17. *num.* 236. Torreblanca *in æpitome de Magia, lib.* 3. *cap.* 30. *ex num.* 9. & *de iure spirituali, lib.* 15. *cap.* 12. *num.* 36. cum seqq. omino videndus.

151 ¶ Y la sentencia nula no es sentencia, ni obrà efecto de cosa juzgada, *l.4.* §.*condemnatum, ff. de re iudicat.* vbi Rippa *n.* 24. *l. prolatam, C. de sent. & inter omn. iudic.* Aretinus *cons.* 56. *n.* 1. Roland. à Valle *cons.* 39. *n.* 93. *lib.* 1, Menoch. *lib.* 2. *de arbitrar. iudic. Centur.* 6. *cas.* 542. *n.* 16. D. Valenç *cons.* 32. *n.* 58.

152 ¶ Lo vltimo, porque tres inspecciones puede tener este ariculo. La primera, que sea notoria la justicia contraria; y que todo lo que se ha dicho no haga la materia prouable, ò dudosa. La segunda, que sea notoria la justicia desta parte. La tercera, que sea dudosa. Y solo en el primero caso podrà vencer la otra parte.

153 ¶ Y en las dos inspecciones vltimas esta parte deue obtener, y en caso de duda se deue determinar que no ay cosa juzgada, ita vt minus noceat sententia condemnato, *l. hæc enim causæ, ff. de suspect. tutor.* Alex. *cons.* 46. *n.* 6. *lib.* 1. Menoch. *cons.* 100. *n.* 34. *lib.* 2. ex glos. in *l. qui restituere*, verb. *restituatur in fin. ff. de rei vindicat.* ex pluribus Giurba *decis.* 20. *num.* 16. *ad fin.* D. Salgad. *de protect. Reg. p.* 4. *c.* 3. *n.* 204. D. Rea *decis. Granatens.* 77. *num.* 3. Scaccia *de appellat. lib.* 3. *c.* 2. *q.* 17. *lim.* 1. *n.* 18. Guazzin. *de defens. Reor. deffens.* 37. *c.* 2. *n.* 2. Noguer. *allegat.* 25. *num.* 143.

154 ¶ Y quando pueden informar las sentencias dos causas, y dos remedios, se deue entender, que se determinò por el vno, y el menos prejudicial, *l. si inter me, & Titium, ff. de except. rei iudic.* Bart. *in l. Iulianus, n.* 5. *ff. de condict. in debit.* DD. in *l. quod in diē*, §. *si ratione, ff. de compensat.* Socin. Sen. *cons.* 255. *num.* 4. *lib.* Menoch. *cons.* 110. *num.* 17. & 27. *lib.* 2.

155 ¶ Y assi se deue entender que el remedio de retencion, de nueuo intentado, no està determinado, ni vencido, si no solo el titulo ~~solo~~ de heredero de D. Alonso, y mas quando la sentencia da possession proindiuiso, que quando pueda tener correspondencia a los derechos de heredera, vt diximus num. 58. no puede tener consonancia con el titulo de acreedora, que no permite dicha possession en comun, y proindiuiso con el acreedor posterior, vt diximus num. 61. & num. 123.

ARTICVLO III.

156 PRETENDE La parte de el Conde de Talarà, que quando aya lugar. La suplicacion desta parte en lo q̄ la sentencia de reuista fuere suplicable, toda via en lo que contiene sentencia de reuista, se le ha de despachar carta executoria, porque quando la sentencia de reuista contiene muchos capitulos, si en vno es suplicable por nueuo aditamento en otro en q̄ fuerē cōformes se deue executar, D. Salgad. *de protect. Reg. p.* 3. *c.* 16. *num.* 58.

Y quan-

157 ¶ Y quando la sentencia determina parte de los derechos, y parte dellos reserua, no se deue suspender la execucion de los determinados, y vencidos, Socin. Iun. *cons.* 76. *num.* 16. *vol.* 1. Petrus Surd. *cons.* 186. *num.* 17. *tom.* 2. Tusch. *practicar. conclus. tom.* 3. *lit. E conclus.* 472. *num.* 3. Dom. Salgad. *de protect. Reg. part.* 4. *cap.* 12. *numer.* 34.

158 ¶ Pero sin embargo no se deue despachar la carta executoria que de contrario se pretende.

159 ¶ Lo primero, porque el remedio de retencion que compete a esta parte por las detracciones, impide el efeto, y despacho de dicha carta executoria, porque si se despachara, y se diera a a la parte contraria possession en ella quedara vencida la retenciō desta parte, y despojado della, & aduersarius locupletaretur cum aliena iactura *ex Reg.* text. in *l. nam hoc natura, ff. de condict. in debiti*, in terminis Corneus vbi supr. *num.* 18. quando hecha reserua de pretensiones, siendo vna dellas la dicha retencion, mas facilmente se concede, que la restitucion, y accion, y donde ay accion hipotecaria, con mas justa causa, se deue la retencion por la hipoteca, *l. Paulus, ff. de doli except. l.* 1. *§. si autem, ff. de superficiebus, l. inuitus, § cui damus, ff. de reg. iur. C. qui ad agēdum de reg. iur. in* 6. *l per retentionem, C. de vsuris*, post plures Petr. Surd. *cons.* 4. *n.* 5. Ioann. Gut. *Canon. lib.* 2. *c.* 8. *n.* 60. Ioseph Ludouis. *decis. Lucens.* 38. *n.* 18. Costa *de remed. subsid. rem.* 1. *n.* 32. *& rem.* 12. *num.* 12. Gratian. *decis.* 179. *num.* 6. Cephal. *cons.* 289. *num.* 5. *&* 299. *num.* 34. *lib.* 2.

160 ¶ Lo segundo, porq̄ en terminos, quādo al cūplimiēto de la carta executoria, se opone la parte vencida, por otro derecho de acreedor, y retēcion q̄ le cōpete, q̄ se deua suspender la carta executoria, y execucion de la sentencia, y cosa juzgada, tenent Crauet. *cons.* 1448. *sub num.* 2. vers. *Amplius adeo faborabile*, Castrens. *cons.* 186. *col.* 3. vers. *Sed benè videtur, vol.* 2. Corneus *cons.* 147. *num.* 18. vers. *Id circò in executione sententiæ, vol.* 2. Magonius *decis. Lucens.* 81. *num.* 6. Negusant. *de pingor. in* 4. *membr.* 5. *part. princip. num.* 2. Gratian. *discept. forens. lib.* 2. *cap.* 356. *nu.* 28. Molignat. *in tract. de retentione num.* 424. Pirrus Maurus *in simili, tractatu de retentione, num.* 70. Surd. *decis.* 277. *num.* 14. *& de alimentis, tit.* 8. *priuileg.* 62. *num.* 10. Franciscus Niger. Ciriacus *tom.* 1. *controuers.* 180. *num.* 27. Rota *decis.* 125. *part.* 2 *diuers.* Cephal. *cons.* 199. *n.* 36. *& cons.* 613. *n.* 18. eleganter D. Hieronym. de Leon *decis.* 53. *per tot. præcipuè, à n.* 12. *cū seqq.* vbi cōtrarijs satisfacit Cardin. Tusch. *pract. conclus. tom.* 3. *lit. E. concl.* 181. *n.* 37. Marescot. *var. lib.* 2. *c.* 112. *à n.* 18. *cum seqq.* Iuan Gut. *Canonicar. lib.* 2. *c.* 8. *num.* 58. ibi: *Intelligit quamuis ius retentiones nō sit in sententia reseruatum*, Cartar. *decis.* 11. *n.* 5. Paciphic. *de Saluian. interdict. inspect.* 2. *c.* 2. *n* 186. Menoch. *de recup. rem.* 11. *n.* 9. *& cons.* 110. *n.* 73. D. Salg. *de protect. p.* 4. *c.* 7. *n.* 75. *&* 76. vbi extendit etiā casu, quo in iuditio principali fue-

rit oppoſita, non tamen ſuper eã pronũntiatum, *& cap.* 13. *num.* 75. cum ſequentib.

161 ¶ Et vt ait Bald *in l. peremptorias, C ſententiam reſcindi non poſſe,* condemnatus ad rei reſtitutionem ſuper actione reali ſi in executione opponat de hipoteca, vigore hipotecæ poterit retinere, ex tex. in *l. ſex tante, §. latinus largus, in fin. ff. de exept. rei iudicatæ.* Dõde condenado vno a la reſtitucion por titulo de dominio contrario, no le obſta la ſentencia para intentar la accion, ò excepcion, y retencion hipotecaria, verum eſt enim pignori datum, & ſatisfactum non eſſe, quare puto, non obſtare rei iudicatæ exceptionem, & ex *l. debitor, ff. ad Trebellianum,* de quo diximus, ſupr. *num.* 34. Corneus vbi ſupr. D. Hieronym. de Leon *dict. deciſ. num.* 14. Doctores ſupra proximè citati.

162 ¶ Lo tercero, porque haze al intento el exemplar del que fue vencido por ſentencias de viſta, y reuiſta, y auiendo deduzido el derecho de retencion por las mejoras, y no auiendoſe determinado ſobre ellas, pretende que ſe determine, y con eſto ſe ſuſpende la carta executoria, y execucion de las ſentencias, y cõſtãdo en ſubſtancia, què ſon ciertas las mejoras, aũque no eſten liquidas, ſe dà termino para liquidarlas ſin paſſar al ſubſidio de la fiãça, ſi no es en caſo que no conſte de la ſubſtancia dellas, ni ſe liquiden en el termino aſsignado, argument. text. *in l. in hoc iuditium* 14., §. 1. *ff. de commun. diuidundo.* Dõde hecha particion, y adjudicacion, iudicio communi diuidundo, toda via ſe concede retencion por las expẽſas, y gaſtos, hechos en los bienes como credito anterior, ibi: *Et verius eſt, vt & in hac ſpecie expenſæ retineantur, l.* 45. §. 1. *ff. de act. empt.* Ant. Capicius *deciſ.* 17. vbi ita refert deciſſum in conſiſtorio Neapolitano, Ruinus *conſ.* 84. *in fin. lib.* 1. Tiraquell. *de retract. conuentional* §. 7. *gloſ.* 1. *num.* 13. Menoch. *de recuperand. rem.* 5. *quæſt.* 39. *num.* 565. *&* 571. Gut. *Canonic. lib.* 2. *cap.* 8. *num.* 59. Iuan Garcia *de expenſ. cap.* 6. *num.* 17. D. Salgad. *dict. cap.* 7. *num.* 80. & melius, *cap.* 13. *à num.* 59. Mareſcot. vbi ſupra *à num.* 20. *cum ſeqq.*

163 ¶ Y la razon es, porque eſte remedio no ſe opone derechamente a lo juzgado, ſi no por virtud propia indepẽdiente de la cauſa, y titulo en que ha auido conocimiento, y ſentencia, cõſerua los bienes, y poſſeſsion dellos, para que los retenga por otro titulo, el que fue vencido por el primero, mientras ſe ajuſta lo que le toca por el credito, y derecho, a que compete dicha retencion, & ſententia non impugnatur, ſed difertur, Capiccius *deciſ.* 119. *n.* 12. & per tot. D. Geronimo de Leon vbi ſupr. *deciſ. Rotæ Romanæ in nouis num.* 1. *part.* 2. Niger. vbi ſupra num. 28. Rolando *conſ* 28. *num.* 3. *lib.* 1.

164 ¶ Lo quarto, porque no impide el que ſe diga, que quando el credito no eſtà liquido, no tiene efecto la retencion.

Porque

165 ¶ Porque como se pondera *num.*47.los creditos de esta parte,y detracciones que le competen,son liquidas en su principio. Y quando no lo fuessen bastaua serlo en la substancia,aunque no lo fuessen en la cantidad,vt dixi *num.*41.Yaunque no fuessen liquidos, respeto de nacer de los instrumentos, de que se vale la parte contraria, obraran el mismo efecto, dixi *num.* 44. Y bastan alegarlas con algun color de prouabilidad en ellas, vt dixi *numer.*42.

166 ¶ Pero desde su principio son detracciones liquidas,y fundan su liquidacion en las capitulaciones matrimoniales, instrumento guarentigio,liquido,y exequible,y tanto mas por ser capitulaciones, argument. *l. Diui Constantini* 5. *in medio*, *C.de natur. liber. l. plerunque* 11. §. *si ante matrimonium*, *ff. de iur. dotium*, Cancer. *variar.* 1. *part. cap.* 8. *numer.* 33. & 34. D. Castill *controuers. tom.*6. *cap.* 119. *num.* 10. vers. *Secunda conclusio*, Hermos.*in l.*7.*tit.*4.*part.*5. *glos.*4.*num* 36.

167 ¶ Y quãdo por las oposiciones cõtrarias se defalcasse dellas alguna cantidad en la prosecucion del juyzio, esto no las haze iliquidas en el estado presente,vt benè cõsiderat Bart.*in l.Iulianus* 60.prope finẽ,*n.*38.& 39.*ff.de cõdict.in debiti*,Socin. Patruus *cõs.* 90. *col.fin.n.*20.vers.*Tertia cõclusio*,*vol.*4.Socin.*in l.pecuniã* 36.*n.*10.*ff. si certũ petatur*,vbi ait sic pluries obtinuisse,idem Socinus *cons.vltim. sub num.*1.vers.*Aliquando*,*vol.*3. Decian. *cons.* 452.*sub num.* 10. vers. *Præterea* 2. Alciatus *cons.*130.*sub num.*5. aliàs *cons.* 28. *num.* 24. *lib.*8. Franc.Niger.Ciriacus *dict.controuers.à num.*24. *vsque ad* 48. qui ait sufficere,quod in genere constet de earum existentia,Marescotus vbi supra *num.*20.

168 ¶ Lo quinto, porque dicha retencion es mas corriente,aduirtiendo que resulta por consequencia necessaria el derecho de dichas detracciones de la misma sentencia, que se dize de reuista.

169 ¶ Porque se refiere, para la distribucion que haze de la manutencion,al testimonio de las particiones, y adjudicacion del tercio de el Duque don Alonso que se hizo en ellas al Conde de Saltès don Alonso, vt constat ex litera sententiæ relata, numer. 89.

170 ¶ Y la sentencia que se refiere a instrumento, se deue entender conforme a el, y con las calidades del mismo instrumento,Caualc.*decis.*19.*num* 32.*part.*3. Tusch.*practicar. tom.*7.*lit. S. concl.*121.*num.*3.D.Salgad.*de protect.Reg.p.*4.*c.*11.*num.*38.& *n.* 43. & *cap.*5.*num.* 28.

171 ¶ Y vista la dicha particion se ajusta por ella que las partes fueron conformes,y sin repugnancia alguna, en que de los bienes que se adjudicauan a el dicho Conde don Alonso,se auian

de sacar en primero lugar las dichas detracciones. Porque en el principio de la cuenta que hazen los Cõtadores, dizen como por parte del Cõde de Saltes, se les requiriò cõ dichas capitulaciones matrimoniales, para que enlo que sele adjudicasse huuiesse de auer precipuas dichas detracciones como bienes libres, y ellos hazen la cuenta en la forma que se refiere, num. 109. y el no hazer especial adjudicacion por dichas detracciones fue, porque no se hazia la cuenta, si no entre los herederos del Duque, con los quales bastaua ajustar lo que a cada vno tocaua, y lo que le tocò a el dicho Conde lo recibiò con la calidad referida, de que en primero lugar lo adquiria por sus detracciones, conque aquella cuenta no puede aprouechar a el Conde de Talarà, como fideicomissario, ò substituto, porque cõ el es precisso hazer aora la cuenta de lo que le puede tocar del dicho tercio sacadas las deudas, y assi adjudicandole el dicho tercio por virtud de dicha cuenta, resiste la condicion tacita, y virtual de la misma cuenta, en que se dan los dichos bienes con la carga de dichas detraciones, y hipotecas dellas, y que luego que los recibiò virtute iuris, se hizo assi pago en primero lugar de dichos creditos, y se reduxeron a otro titulo, vt diximus numer. 30.

172 ¶ Vnde, sin hazer este ajusto, las sentencias no pueden ser exequibles, refiriendose a la cuenta que no se puede executar a fauor del fideicomissario, sin preceder al ajusto delo que le toca, detractis detrahendis, vt dixi *toto articulo* 1.

173 ¶ Lo sexto, porque lo que se dize de que la sentencia que contiene diferentes capitulos, se puede executar en vno, y ser suplicable en otros, se respõde, que esto se entiende quando no son separados, y no tienen vnos dependencia de otros, ni se causa perjuyzio a lo menos por la execuciõ delos otros, Surd. *decis*. 143. *n*. 8. & ibi Hodiern. *n*. 4. Cancer. *lib*. 3. *var. tit. de sentent. & earum execut. num*. 74.

174 ¶ Y como dize el señor Presidente Couarruvias *pract. cap*. 25. *numer*. 6. se executara la sentencia en lo que es de reuista, si se puede hazer la execucion, no causando perjuyzio a la suplicacion, y derecho en ella intentado, y no de otra forma, y dize que en esto *omnes conueniunt*, ibi: *Nec fore impediendam executionem harum sententiarum si COMMODE FIERI POTEST pendente appellatione, super noua tertiæ, vel vltimæ sententiæ adiectione, qua in re omnes mihi conuenire videntur.*

175 ¶ Y quando dos causas introduzidas en el juyzio, estan en si complicadas, y se causan vna a otra, embarazo en la execucion, aunque por la vna no se admita apelacion, ò suplicacion, se suspende toda la sentencia por la causa suplicable, & quia exequi

commode

commodè non poteſt, docet Bald. *conſil.* 141. *nu.* 7. *vol.* 1. Scaccia *de appellat. quæſt.* 17. *limit.* 6. *memb.* 9. *num.* 84. Giurb. qui plures refert, *deciſ.* 101. *num.* 1. vbi loquitur, etiam ſi eſſemus in capitulis ſeparatis, tamen inter ſe complicatis, Menoch. *de adipiſ. rem.* 3. *num.* 187. *& de recuperand. rem.* 9. *num.* 321. Carleual. *de iudicijs, tom.* 2. *tit.* 3. *diſp.* 12. *nu.* 8. Ruginel. *de appellat.* § 2. *cap.* 3 *num.* 204. Mazeratenſ. *lib.* 2. *reſolut.* 9. *num.* 5. Y eſta complicacion ſe ajuſta en el num. ſiguiente.

176 ¶ Lo 7. porque el lugar de el ſeñor Salgado ſe entiē de quando la miſma accion, y titulo vencido en vn juyzio ſe reſerva, porque ſe entiende reſervado para otro diferente, como en la reſerva que ſe haze en juyzio poſſeſſorio para el de la propiedad, pero no quando el remedio, titulo, y cauſa que ſe reſerva es diferente, porque dieramos que fueſſe a vn tiempo reſervada, y vencida, y dos efectos contrarios contra regul. *l. cum pecum, C. de lib. r cauſ. l.* 1. *C. de furt. l. mutuis, ff. pro ſocio*, y pues el derecho de retencion ſe ſupone no determinado, eſte ſuſpende la execucion de la ſentencia, ex d. n. 160. y ſi denegado ſe opone a la reſerva q̃ conſerva el derecho de la parte, vt diximus, n. 98. & ſeqq. & nu. 106. y quando en la ſentencia de reviſta en q̃ ſe deduxo, y conteſtò, quedaſſe vencido, es ſuplicable por primera ſentencia, y ſi ſe deſpachara la carta executoria pendiente eſta ſuplica quedara antes della, y de la determinacion, vencida la retencion con el deſpojo, y lo que no determinò la ſentencia, lo determinara, y grauara de nueuo el auto en q̃ ſe mandara deſpachar la carta executoria, en cuyo caſo quando reſulta nueuo grauamen del deſpacho de la carta executoria, no ſe deue deſpachar haſta que ſe determine ſobre la ſuplicacion. Y quādo los capitulos de las ſenntecias ſon ſeparados, ſi de executar vn capitulo reſulta en la execucion nueuo grauamen en la parte ſuplicable, no ſe puede deſpachar en lo no ſuplicable carta executoria, y ſe deue ſuſpender haſta q̃ ſobre lo ſuplicable ſe determine, ita tenet Angel. Felin. Ruin. Rolan. & alij quos refert, & ſequitur D. Salgad. *de protect. Regia, part.* 4. *cap.* 1. *num.* 35. Gratian. *diſceptat. forenſ. cap.* 333. *num.* 2. *tom.* 2.

177 ¶ Lo otauo, porque de qualquiera forma la dicha ſentencia de reuiſta es primera ſentencia en el juyzio poſſeſſorio plenario, y conſiguientemente ſuplicable, vt diximus num. 134. y de ſentencia ſuplicable no ſe puede deſpachar carta executoria, Angel. in *l. ab executore, ff. de appellat.* poſt alios D. Salgad. vbi ſupra, *num.* 32. *&* 33.

178 ¶ Lo nono, porque preſupueſta la nulidad que contiene, y ſe pondera n. 136. & ſeqq. tāpoco ſe puede deſpachar della

carta executoria. Andr. Gail. *lib.* 1. *practicar. obseruat.* 113. *à num.* 2. Marant. *de ordin. iudicior.* 6. *part. tit. de execut. senten. num.* 3. D. Salgad. *de protect. Regia, dict. part.* 4. *cap.* 1. *num.* 103.

179 ¶ Lo dezimo porque de lo dicho resulta que tampoco se puede despachar la dicha carta executoria en quanto a el titulo de Conde.

180 ¶ Para lo qual presupongo, q̃ aunq̃ este titulo en la dignidad sea indiuisible, ex his quæ obseruat Tiraq. *de primog. q.* 4. per tot. dignitatum enim diuisio est aduersus bonũ publicum, *cap. Imperialem,* §. *præterea Ducatus de prohibita feudi alienat. per Federicum.*

181 ¶ Pero la estimacion venit conferenda in iudicio familiæ erciscundæ, & communi diuidundo, adjudicando a vno el titulo, y a otro la parte correspondiente de su estimacion, especialmente quando el dicho titulo se halla en los bienes de la herencia, y no ay otro titulo con que suceder en el, ita Baldus post gloss. *in l si familiæ,* vers. *sed & iuxta prædicta,* & ibi Salicet. *C. famil. erciscund.* idem Bald. *in l.* 1. *in* 1. *quæst. ff. de rer. diuis. & in l. voluntas,* vers. *Quæritur, de duobus fratribus, C. de condict. insertis, & in dicto* § *præterea Ducatus, column.* 2. vers. *Pone duo fratres,* Alex. *cons.* 18. *visis capitulis, column. vlt. lib.* 2. *& cons.* 60. *column.* 1. vers. *Quinimò dicit, lib.* 3. Socinus *cons.* 67. *column.* 8. *vers. Tertio respondetur, lib.* 1. *& cons.* 165. *lib.* 2. Ioan. Andr. in addit. ad Speculat. *tit. de feudis,* §. *quoniam,* vers. 19. Iason *in l. stipulationes non diuiduntur, column.* 19. *ff. de verb. obligat. & cons.* 236. vers. *pro eadem parte, lib.* 2. Tiraquel. *dict. quæst. num.* 46. Rodericus Suarez *in l. quoniã in prioribus, limitat.* 11. per totam. Y en el consejo de su padre, y alegacion que hizo por el titulo de Conde de Valencia, Guillerm. Benedict. in cap. *Rainuntius de testamentis,* in verbo, *in eodem testamẽto relinquens,* in princip. *n.* 176.

182 ¶ Y el titulo de Conde de la villa de Saltès, que se concediò al Conde don Rodrigo, no fue concession hecha al mayorazgo, ni con los llamamientos del; si no solo al dicho Conde, y el Conde don ~~Rodrigo~~ Alonso nò tuuo otro titulo con que suceder en el, si no el de heredero de su padre, y con este mismo titulo sucede esta parte, como bienes que quedaron en la herencia de su hija.

183 ¶ Sin que sea necessario entrar en la disputa de los Doctores si estos titulos se concedenpor derecho de mayorazgo, en que ay la controuersia de Rodrigo Xuarez, vbi supra, y el señor don Luys de Molina, *de primog. lib.* 1. *cap.* 11. *à num.* 11. Porque esta disputa se entiende quando el Principe concediò, y junto con el titulo de Conde, bienes assignados al mismo titulo. Pero no quãdo concediò el titulo solo, ò le aplicò a bienes propios de las partes; que en este caso van conformes, en que no ay nueua creacion

de

de vinculo, vt obſervāt D. Molin. *num* 25. verſ. *Primo quod procedat.* Y aſsi el ſeñor don Iuan de el Caſtillo en el *cap.* 159. *numer.* 7. reconoce que el ſeñor Molina en poco, ò nada difiere de Rodrigo Xuarez ibi *num.* 7. *& parum aut nihil inter vnam, & alteram opinionem diſtat.*

184 ¶ Y con mas razon en eſte caſo en que el titulo eſtà independiente, y ſin anexidad de la dicha villa, porque eſta nunca ſe aplicò al dicho titulo, ni ſe ſacò de la caſa de Medina, ni es de el pleyto: aunque aya podido cauſar en el equiuocacion la Isla de Saltes, que es vna de las pieças de la adjudicacion: coſa muy diſtinta, y diferente de la villa de Saltes, a que correſponde en el nombre el dicho titulo de Conde, merced hecha al Conde don Rodrigo; y que por eſto no ſe comprehendiò en la particion de los bienes de ſu padre, quia donatio, & munificentia Principis filio ſacta etiam contemplatione patris filio adquiritur, neque venit inter alios filios conferenda, argum. text. *in l. ſocium qui in eo,* §. 1. *ff. pro ſocio,* Bart. *in l. ſed ſi plures,* §. *in arragato, num.* 3. *ff. vulgar.* Velazquez Auend. *in l.* 20. *Taur. num.* 30. Menchac. *de ſucceſſ. creat. lib.* 3. §. 26. *ex num.* 2. *&* 5. *cum ſeqq.*

185 ¶ Y conſiderada la diſtribuciō de la ſentencia vltima deſte pleyto, ſe haze mas dificultoſa la aplicacion deſte titulo al Conde de Talarà, eſpecialmente en el juyzio ſumariſsimo de manutencion.

186 ¶ Porq̄ el preſupueſto neceſſario della es, q̄ ſe tuuo por vinculado el tercio del Duque don Alonſo por la facultad de la *ley* 27. *de Toro,* y en todo lo que mirò a los bienes del Conde don Rodrigo, en que entrò el dicho titulo, ſe tuuieron por libres, y aſsi ſe dà manutencion en eſta parte en la mejora de la Duqueſa, y en la legitima del dicho Duque, con que por neceſſaria conſequēcia era preciſſo tener por libre el dicho titulo, como bienes de el dicho primero Conde de Saltès, y que nunca fue de ſu padre, ni pudo grauar el dicho titulo, con los grauamenes de tercio, no ſiendo ſuyo, y que va con preſupueſto la miſma ſentencia, que no hizo vinculo el dicho Conde.

187 ¶ Y ſi en los terminos ordinarios reconoce el ſeñor don Iuan del Caſtillo (que es dificultoſiſsima queſtion) por vna, y otra parte, vtrū la dignidad de Conde, con anexidad de bienes introduzga vinculo, vbi ſupra, num. 3. ibi: *Ac primo loco conſtituo quæſtionē hanc eſſe dubiā, & difficilem, ac diſputabilē,* como pues es poſsible q̄ en el juyzio ſumariſsimo de manutencion a la heredera que tiene tiene por ſi la regla, de que los bienes ſon libres, vencieſſe el Cōde de Talarà, que pretende que el dicho titulo es vinculado, ſin que

el

el titulo lo diga, ni le vinculasse el Conde, cuyo era, ni le pudiesse vincular el Duque, pues no era suyo.

188 ¶ Y por esta causa los señores Iuezes que determinaron este pleyto en vista en la manutẽcion, ampararon a esta parte en todos los bienes, y derechos en q̃ entrò el dicho titulo.

189 ¶ Y el auer aplicado al Conde de Talara en esta instancia el dicho titulo, ha sido introduziendo mayor conocimiento que el que permite el juyzio sumarissimo, determinando en el juyzio plenario possessorio, reservandosele los derechos de propiedad, como se ha dicho, con que en quanto a esto es assimismo la sentencia suplicable, por ser primera sentencia en este juyzio, y por la nulidad que se propone *num.* 136. y competen a esta parte los derechos de retencion que tiene fundados, y concurren las demas causas para denegar en esto la carta executoria, que en lo general de la sentencia se han ponderado en este articulo.

190 ¶ Ex quibus parece, que la justicia de esta parte es corriente, para que se mande responder a la suplicacion interpuesta, y se deniegue el despacho de la carta executoria: & sic iudicandum speramus. Salva G. S. C.

L. D. Iuan Antonio Rozado.